الهيئات الشرعية بين بيان الأخطاء والمخالفات الشرعية
في المصارف الإسلامية والسرية المهنية ومدى تأثيره
سلباً أو إيجاباً على الصيرفة الإسلامية

بحث مقدم للمؤتمر الثالث للهيئات الشرعية
للمؤسسات المالية الإسلامية
٥-٦ أكتوبر ٢٠٠٣ – البحرين

إعداد د. حسين حامد حسان

الهيئات الشرعية بين بيان الأخطاء والمخالفات الشرعية في المصارف الإسلامية والسرية المهنية ومدى تأثيره سلباً أو إيجاباً على الصيرفة الإسلامية

تمهيد:

١- إن تطبيق الشريعة والالتزام بأحكامها واجب على المكلفين، أفراداً ومؤسسات في مجالات الحياة كافة، وعلى ولي الأمر المسلم أن يضع من القوانين والأنظمة ما يعين المكلفين على هذا التطبيق، ويمكن سلطات الدولة وأجهزتها المختلفة من مراقبة التطبيق وسلامته.

٢- ويترتب على ذلك أن قوانين وأنظمة المؤسسات المالية في الدولة الإسلامية، بنوكاً أو شركات استثمار أو تأمين أو غيرها، يجب أن تتضمن نصوصاً توجب التزام هذه المؤسسات بأحكام الشريعة الإسلامية، وتعيين هيئات شرعية تتولى توجيه هذه المؤسسات وجهة إسلامية، وتصدر لها الفتاوى فيما تعرضه عليها من معاملات، وتقدم لها الحلول فيما يحدث لها من قضايا ونوازل ومشكلات ثم تراقب تطبيق المؤسسات لهذه الفتاوى والحلول.

٣- ويجب أن يكون أعضاء هيئة الفتوى والرقابة الشرعية مؤهلين علمياً ومدربين عملياً على أداء ما يكلفون به من مهام التوجيه وإصدار الفتاوى ومراقبة المؤسسات للتأكد من التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية وتوجيهات وفتاوى الهيئة بشأن هذه الأحكام.

٤- ويجب أن تفصل القوانين ذات العلاقة ونظم ولوائح هذه المؤسسات ما يلتزم به أعضاء هذه الهيئات من واجبات أثناء قيامهم بعملهم وممارسة صلاحياتهم، وإن كانت هذه الهيئات مكلفة بحكم الشريعة بعد تعيينها بأداء هذه الواجبات تطبيقاً لنظام الاحتساب.

٥- وحتى تتمكن الهيئات الشرعية من أداء واجباتها فإن هذه القوانين والنظم يجب أن تمنح للهيئات الشرعية من الحقوق والسلطات والصلاحيات ما يمكنها من أداء تلك الواجبات، تطبيقاً للمبدأ الأصولي "القدرة شرط التكليف".

٦- وإذا قصرت الهيئات الشرعية في القيام بواجباتها التي تفرضها عليها الشـريعة وتفصلها القوانين والنظم، فإن هذا التقصير، بصوره المختلفة، يجب أن يرتـب على هذه الهيئات مسئولية دينية وأخرى دنيوية، مدنية أو جنائية.

٧- وللرقابة الشرعية دور لا يقل عن دور الرقابة المالية، بل يزيد عليه، ذلـك أن الرقابة الشرعية وجبت لحفظ الدين، أما الرقابة المالية فقد شرعت لحفظ المال، وحفظ الدين مقدم على حفظ المال باتفاق، وإن كانت الرقابتان مطلوبتين شرعاً، لأنهما يحققان مصالح الدين والدنيا معاً، فالرقابة الشرعية تحفظ الـدين بـالتزام أحكامه في جميع معاملات المؤسسة، والرقابة المالية تحفظ المال بالتزام القوانين والنظم المالية والقواعد والمعايير المحاسبية، وحفظ الدين والمال من المصـالح الشرعية الكلية القطعية التي روعيت في كل ملة وقامت عليها أدلة شـرعية لا تنحصر، وإن كانت مصلحة حفظ الدين تأتي في المرتبة الأولى في ترتيب هـذه المصالح، في حين تأتي مصلحة حفظ المال في المرتبة الخامسة، كما ذكرنا.

٨- وكل من الرقابة الشرعية والرقابة المالية تكمل إحداهما الأخرى، وإن اختلفتا من حيث مجال عمل كلٍ منهما، بسبب التخصص في الوضع الحالي، وحتى يعـود نظام التعليم الإسلامي إلى تاريخه المشرق حيث كـان يخـرج العـالم المسـلم المتخصص في علوم الشريعة، والبارع في علوم الرياضيات أو الفلك أو الجبر أو الفيزياء أو الطب والخبير في علوم الاقتصاد أو المحاسبة.

٩- وإذا كانت القوانين والنظم تنص على وجوب تعيين مراقب أو مراجع خـارجي لمراجعة ومراقبة حسابات المؤسسات المالية، وتحدد شروط تعيينـه، وحقوقـه وواجباته، وتبين حالات مساءلته، حماية لأموال المساهمين وهي مصلحة مالية، فإن نص هذه القوانين على وجوب تعيين هيئة شرعية وتحديد شروط أعضـائها وحقوقهم وواجباتهم أشد وجوباً، حماية للمساهمين من التعامل المحـرم، وهـي مصلحة تتعلق بحفظ الدين، وحفظ الدين مقدم على حفظ المال كما ذكرنا.

١٠- ويترتب على ذلك أن الهيئة الشرعية يجب أن تلتزم بنفس واجبـات المراجـع الخارجي وتتمتع بجميع سلطاته وحقوقه التي تنص عليها القوانين والنظم، وتزيد واجبات الهيئة وحقوقها بقدر ما تفرضه الشريعة عليها مما لا تفرضـه علـى المراجع الخارجي. وبذلك تكون الهيئة مسئولة، كالمراجع الخارجي، مسـئولية

دنيوية إذا نظمت مهنة الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية ووضعت لها تقاليد وقيم يجب الالتزام بها، بالإضافة إلى المسئولية الدينية.

١١- والهيئة الشرعية ملتزمة، كالمراجع الخارجي، بالمحافظة على السرية المهنيـة وعدم إفشاء الأسرار التي تطلع عليها بمناسبة قيامها بواجب التوجيه والفتـوى والرقابة والتدقيق وهو ما خصصنا له هذا البحث.

تقسيم البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة وفصلين:

أما المقدمة فأخصصها لتحديد المقصود بالمصـرف الإسـلامي أو بالمؤسسـة الماليـة الإسلامية عموماً وخصائصها، وضرورة تعيين هيئة للفتوى والرقابة الشرعية بها، مـع بيان الصفة الشرعية لهذه الهيئة بإيجاز. وأحيل إلى بحثي السابق في "العلاقة بين الهيئات الشرعية والمراجع الخارجي" بالنسبة للجهة التي تقوم بتعيين الهيئة، وشروط أعضـائها وطبيعة القرارات التي تصدرها، كما أحيل إلى بحثي عن (المسئولية الشرعية والقانونيـة للهيئات الشرعية) بالنسبة لتحديد مسئولية هذه الهيئـات عـن تجاوزاتهـا وأخطائهـا أو تقصيرها في أداء الواجبات المنوطة بها.

وأما الفصل الأول فأحدد فيه المقصود بالسرية المهنية في القوانين الوضعية وضوابط هذه السرية، وحدودها والخاضعين لواجب المحافظة عليها والجزاء الذي تفرضه هذه القوانين على إفشاء أسرار المهنة، مدنياً وجنائياً وإدارياً، وأما الفصل الثاني فأعرض فيـه حكـم الشريعة الإسلامية في كتمان الأسرار عموماً، والأسرار التي تطلع عليها الهيئـة أثنـاء قيامها بالواجبات المنوطة بها من التوجيه والفتوى والرقابة والتدقيق، وتقـديم التقـارير بصفة خاصة، وأثر ذلك على الصيرفة الإسلامية إيجاباً أو سلباً.

المقدمة

تعيين الهيئة وصفتها الشرعية

ذكرنا في التمهيد أن القوانين التي تنظم إنشاء وعمل المؤسسات المالية يجب أن تنص على وجوب التزام هذه المؤسسات بأحكام الشريعة الإسلامية، وأن يكون لديها هيئة تقوم بالفتوى والرقابة الشرعية، حتى تكون هذه المؤسسة إسلامية، وفي هذه المقدمة نحدد خصائص المؤسسة المالية الإسلامية أولاً، ثم نعرض لبيان الصفة الشرعية لهذه الهيئة مقارنة بالمركز القانوني للمراجع الخارجي ثانياً، حيث أن المراجع الخارجي يلتزم بالمحافظة على السرية المهنية ويسأل عن إفشائها مما قد يبرر القول بمسئولية أعضاء الهيئة الشرعية المهنية قياساً على المراجع الخارجي.

أولاً: خصائص المصارف الإسلامية:

لا بد من توافر خصائص معينة المصرف حتى يحكم عليه بأنه مصرف إسلامي. وهـذه الخصائص هي :

١- أن ينص نظامه وعقد تأسيسه على التزامه الكامل بأحكام الشريعة الإسلامية، فـي جميع معاملاته وأوجه نشاطه. يستوي في ذلك النشاط الخاص بالحصـول علـى موارده أو باستخدام هذه الموارد، أو بالخدمات التي يقدمها لعملائه مقابل أجـر أو عمولة.

٢- أن تكون عقود الإيداع والتمويل، وصيغ الاستثمار، التـي يسـتخدمها المصـرف ولوائح الخدمات المصرفية التي يقدمها، موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية.

٣- أن تطبق إدارة المصرف وأجهزته التنفيذية هذه الصيغ وتلك العقود تطبيقا سـليما، ذلك أن العبرة في الحكم على المؤسسة المالية هو التطبيق والممارسة، لا النظـام والصيغ والنماذج، فالحكم الشرعي هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفـين، فالعبرة بالفعل والواقع العملي.

٤- أن تكون إدارة المصرف والعاملون في أجهزته التنفيذية مؤهلين علمياً ومـدربين عملياً على فهم أحكام المعاملات الشرعية ومبـادئ العمـل المصـرفي وآلياتـه، وقادرين على إنزال هذه الأحكام على الواقع العملـي واسـتخدام نمـاذج صـيغ الاستثمار وعقود التمويل استخداما صحيحاً، وأن تتأكد لديهم الرغبة الصادقة فـي ذلك حتى يتوفر فيهم شرط تولى العمل في مؤسسات التمويل الإسلامية وهو القوة والأمانة.

٥- والمطلوب هنا هو الحد الأدنى اللازم لفهم هذه الأحكام، ثم يلزم هذا المصرف بعد ذلك، وبصفة مستمرة، أن يقوم بتدريب العاملين فيه على فهم الأحكـام الشـرعية وفتاوى هيئته الشرعية وتطبيقهم في جميع معاملاته وذلـك لإكسـابهم المهـارات اللازمة لصياغة عقود التمويل وصيغ الاستثمار وحسن تطبيقها بمعاونـه الهيئـة الشرعية، صياغة إسلامية.

٦- وحسن اختيار العاملين أمر توجبه الشريعة الإسلامية، وهو من الأصـول الكليـة القطعية، وفيه يقول سبحانه وتعالى على لسان ابنة شعيب عليه السلام: " إن خيـر

من استأجرت القوى الأمين " ويقول سبحانه على لسان يوسف عليه السلام "اجعلني على خزائن الأرض إني حفيظ عليم " والرسول عليه الصلاة والسلام يعـد إسـناد الأمر إلى غير أهله من علامات الساعة، ويعتبر من يولى رجلاً عملاً وفي الناس خير منه خائنا ولرسوله ولجماعة المؤمنين، وتبـرأ منـه ذمـة ا ورسـوله. والأمانة هي الدين والالتزام بأحكام الشريعة، والقوة هي العلم والمعرفة والتخصص والخبرة في العمل الذي يسند إلى موظف المصرف.

٧- ويترتب على ما تقدم ضرورة وجود هيئة للفتوى والرقابة الشرعية تكون مهمتهـا معاونة إدارة المصرف وجهازه التنفيذي على الالتزام بأحكام الشريعة الإسـلامية، وذلك بإصدار الفتاوى وإعداد نماذج العقود وصيغ الاسـتثمار ولـوائح الخـدمات المصرفية، والرقابة والتدقيق لعمليات المصرف المنفذة للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية وفتاوى الهيئة وقراراتها.

٨- أن تكون الهيئة الشرعية مستقلة عن إدارة المصرف الذي تقوم برقابتها والإشراف على أعمالها وتدقيقها. ويتمثل هذا الاستقلال في تعيين الهيئـة وعـزل أعضـائها وتحديد معاملتهم المالية بواسطة الجمعية العمومية.

٩- أن تكون توصيات وفتاوى وقرارات الهيئة ملزمة لإدارة المصـرف وأجهزتـه التنفيذية، وذلك يضمن لها الاستقلال في القيام بواجباتها.

ثانياً: الصفة الشرعية للهيئة الشرعية والمركز القانوني للمراجع الخارجي:

١- تنص قوانين الشركات على وجوب تعيين مراجع خارجي للشركة، وقد جعلت ذلك من سلطة الجمعية العمومية للمساهمين، وبالتالي فهو وكيل يعمل لصالح المساهمين، ومسئول أمامهم عن تنفيذ الوكالة على الوجه الذي تحدده القوانين ، فالجمعية تعين المراجع الخارجي، وتترك تحديد سلطاته وصلاحياته وواجباته للقانون الذي تعد نصوصه في هذا الخصوص جزءاً من قرار الجمعية ومجموعهما، أي قرار التعيين ونصوص القانون، يكون عقد الوكالة ، وهذا يتفق مع المنطق وطبائع الأمور ، فالمساهمون قد أسسوا شركة، وهم وحدهم أصحاب الحق في إدارتها بحكم أنهم المالكون لها. ولكن لما تعذر تولي كل مساهم منهم الإدارة على انفراد، عينوا مجلس إدارة للشركة وقام هذا المجلس بدوره بتعيين جهازها التنفيذي.

٢- ولما كان من حق المساهمين أن يراقبوا أعمال مجلس الإدارة وتصرفاته للتأكد من مطابقتها للقوانين والنظم المالية والقواعد والمعايير المحاسبية المعتمدة، ونظام الشركة ولوائحها، وكانت ممارسة هذا الحق لكل مساهم على حدة غير ممكنة عملياً، وغير مرغوب فيها نظرياً، فقد أنابوا عنهم المراجع الخارجي، ليقوم بالرقابة المالية، على تصرفات وأعمال مجلس الإدارة والجهاز التنفيذي للمصرف.

٣- فمجلس إدارة المصرف وكيل عن جماعة المساهمين، يدير لصالحهم وعلى مسئوليتهم، نيابة عنهم، ويسأل عن خطئه أو تقصيره في أداء عمله، وعن تعديه حدود الوكالة، وفقاً لشروط عقد الوكالة التي تحددها القوانين المنظمة لعمل مجلس إدارة المصرف.

٤- والمراقب الخارجي وكيل عن جماعة المساهمين كذلك، يراقب تصرفات مجلس إدارة المصرف وجهازه التنفيذي ويفحص الميزانية وحساب الأرباح والخسائر ويقدم تقريراً عن نتائج فحصه للجمعية العمومية، وذلك لصالح المساهمين ونيابة عنهم، وعلى مسئوليتهم، وهو مسئول عن تقصيره أو خطئه

في عمله، أو تعديه لحدود الوكالة، أو مخالفته لشروطها التي حددتها القوانين والنظم التي صارت جزءا لا يتجزأ من عقد الوكالة كما قلنا.

٥- ولما كان مجلس الإدارة مفوضاً في إدارة المصرف، وفق قواعد الشريعة الإسلامية، وممنوعاً بمقتضى نظام المصرف من إجراء أية معاملة تخالفها، ولما كان من المتعذر عملياً، وغير المرغوب فيه نظرياً، أن يتولى الرقابة الشرعية، وما تتطلبه من المراجعة والفحص والتدقيق الشرعي، كل مساهم على انفراد، فقد فوضت جماعة المساهمين هيئة شرعية لتنوب عنهم في الإشراف على جميع معاملات المصرف، للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومنحتها حق الاعتراض على المخالف منها، وطلب تصحيحه، وعرض الموضوع على الموكل، أي الجمعية العمومية، إذا امتنع مجلس الإدارة من هذا التصحيح، أو حال بين الهيئة وبين ممارسة مهامها في الاطلاع على الوثائق والحصول على البيانات التي تراها لازمة للفحص والتدقيق والمراقبة.

٦- ونظام بعض المصارف الإسلامية تجعل تعيين الهيئة وتحديد اختصاصاتها من اختصاص الجمعية العمومية، وهذا ظاهر في أن الهيئة تعد وكيلاً عن المساهمين، تعمل لصالحهم، وعلى مسئوليتهم، نيابة عنهم، وتتحدد الوكالة بالنسبة للهيئة في مساعدة المصرف على الالتزام الكامل بأحكام الشريعة الإسلامية في جميع أنشطته ومعاملاته وإصدار الفتاوى، وفحص ومراجعة وتدقيق ومراقبة هذه الأنشطة وتلك المعاملات بعد تنفيذها؛ للتثبت من عدم مخالفتها لأحكام الشريعة وفتاوى الهيئة، هذه هي حدود الوكالة التي منحتها الجمعية العمومية للهيئة.

٧- وبعض المصارف الإسلامية تجعل تعيين الهيئة الشرعية من اختصاص مجلس إدارة المصرف، وهذا لا يقدح في أن الهيئة وكيل عن المساهمين في هذه الحالة أيضاً، ولأن جماعة المساهمين قد فوضت مجلس الإدارة في تعيين الهيئة ، وسند هذا القول هو أن المساهمين قد وقعوا عقد التأسيس، ووافقوا على النظام الأساسي للمصرف، وكل من العقد والنظام ينص على وجود هيئة

شرعية تتولى الرقابة والتوجيه، مع تحديد سلطاتها واختصاصها، وواجباتها وحقوقها، والتقارير التي تقدمها، ثم فوض المجلس في تعيينها.

٨- والهيئة الشرعية في جميع الأحوال، بعد تعيينها، لا تتلقى التعليمات أو التوجيهات المتعلقة بأداء مهمتها من إدارة المصرف، بل من النظام الأساسي فهو الذي يحدد موضوع ومحل الوكالة ومضمونها، بالإضافة إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي توجب عليها الوفاء بما التزمت به بعد أن صار فرض عين عليها بقبولها للتعيين، وذلك حماية للمساهمين والمودعين والمتعاملين مع المصرف.

٩- وقد اهتم المشرع بتنظيم عمل المراجع الخارجي، وذلك في قانون الشركات وقانون البنك المركزي، والقوانين والنظم الخاصة بمهنة المحاسبة، فأوجب على الشركة تعيين مراجع أو أكثر، وحدد شروط المراجع، وسلطاته واختصاصاته، وحقوقه والتزاماته، وبين صفته القانونية باعتباره وكيلاً عن جماعة المساهمين، ثم فصل حالات مسئوليته وحدود هذه المسئولية، والتقارير التي يقدمها، والجهة التي تقدم لها هذه التقارير، ولم يتنبه المشرع إلى وجوب تعيين هيئة رقابة شرعية، مع أهمية الرقابة الشرعية في جميع أنواع الشركات التي ينص نظامها الأساسي على وجوب العمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن مؤسسي هذه الشركات قد أكدوا إرادتهم في وجوب إدارة شركتهم وفق أحكام الشريعة الإسلامية، مع التزامها بالقوانين والنظم المالية والقواعد والمعايير المحاسبية المعتمدة، ومن غير الممكن عملياً أن يتم الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، دون وجود هيئة شرعية تعين الشركة على توجيه معاملاتها وجهة شرعية، بالإضافة إلى المراجعة والتدقيق والفحص والرقابة على عملياتها المنفذة؛ للتحقق من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، وعدم مخالفتها لفتاوى الهيئة وقراراتها.

١٠- ويصعب تبرير صنيع المشرع، الذي يفرق بين الرقابة المالية والرقابة الشرعية، في خصوص المؤسسات المالية الإسلامية التي تقضي أنظمتها الأساسية بوجوب التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية، في كل معاملاتها، فإرادة مؤسسي مثل هذه الشركات تقطع بأنهم يرغبون في أن تدار شركتهم

على أسس شرعية، على قدم المساواة، إن لم يكن أولى، مع الأسس المالية والمحاسبية، ذلك أن الأولى هدفها حفظ الدين والتثبت من تطبيق أحكام الشريعة في كل معاملات الشركة، في حين أن الثانية هدفها حفظ المال، وحفظ الدين مقدم على حفظ المال، كما ذكرنا.

الفصل الأول

المسئولية المهنية في القانون الوضعي

توجب القوانين الوضعية عموماً الحفاظ على سر المهنة، وتعد إفشاء هذا السـر موجبـاً للمسئولية الجنائية والمدنية بنوعيها العقدية والتقصيرية، وسوف أعرض حكم هذه القوانين في السرية المهنية في مبحثين ، أخصص أولهما للمسئولية الجنائية وثانيهمـا للمسـئولية المدنية بنوعيها.

المبحث الأول
المسئولية الجنائية

تنص معظم القوانين الوضعية على حماية السرية المهنية وترتب عقوبة جنائية على إفشائها إذا توافرت أركان المسئولية الجنائية، وانتفت أسباب إباحة السرية وموانع العقاب على إفشائها. وتلك هي الحالات التي يباح فيها كشف السر لمصلحة راجحة على تجريمه في نظر المشرع الوضعي، كما سنرى، وأركان هذه المسئولية ثلاثة: أولها: الركن الشرعي، أي النص القانوني الذي يوجب كتمان السر ويعاقب على إفشائه، وثانيها: الركن المادي، أي الأفعال التي تكون جريمة إفشاء سر المهنة، وثالثها: الركن المعنوي الذي يعبر عنه بالقصد الجنائي. وسوف أتناول الركنين الأخيرين بشيء من التفصيل، مكتفياً بالنسبة للركن الأول بالقول بان هذه المسئولية لا تترتب على أصحاب المهن المختلفة إلا عند وجود نص يجرم إفشاء السر المهني.

الركن المادي الجريمة إفشاء سر المهنة:

يتكون الفعل المادي المكون لجريمة إفشاء سر المهنة من عناصر ثلاثة، أولها فعل الإفشاء، وثانيها أن يكون المفشي سراً، وثالثها أن يتعلق هذا السر بالمهنة.

أولاً: الإفشاء:

يتمثل هذا العنصر في نقل خبر أو نبأ أو حالة أو واقعة يعدها القانون أو العرف أو صاحب السر سراً ينبغي كتمانه، ويتحقق الإفشاء بنقل هذا الخبر أو الواقعة إلى الغير بأي طريق من طرق النقل، قولاً أو كتابة أو إشارة. ويدخل في عنصر الإفشاء الشهادة بالخبر أو الواقعة أمام المحاكم أو الإدلاء بها إلى السلطات المختصة، ولو كان الخبر أو الواقعة مما يتعلق بجريمة وقعت، ذلك أن المشرع الجنائي الوضعي يرجح مصلحة كتمان السر على واجب التبليغ عنه أو الشهادة به أمام القضاء، إلا في حالات خاصة أباح فيها الإبلاغ عن السر أو الشهادة به أمام القضاء.

وقد توسعت بعض القوانين في أسباب إباحة إفشاء السر وموانع العقاب عليه معاونة لسلطات الدولة على كشف الجرائم والعقاب عليها، وذلك في بعض الجرائم ذات الأهمية الخاصة في نظر المجتمع؛ وذلك مثل صنيع المشرع الفرنسي في المادة ٣٧٨ عقوبات من القانون الصادر بمرسوم في ٢٩ يوليو عام ١٩٣٩ فقد أجاز فيها للأطباء الإدلاء بشهادتهم أمام المحاكم عن الأسرار التي تتصل بجريمة الإجهاض دون مساءلة أو عقوبة. أما الشريعة الإسلامية فقد ضيقت في أسباب إباحة كشف الأسرار التي تتعلق بالجرائم التي تعد اعتداء على حقوق ا ، كالزنا وشرب الخمر، على النحو الذي يأتي تفصيله.

والأصل في النبأ الذي يعد إفشاؤه جريمة أن يكون حقيقة واقعة، غير أن بعض القوانين تعد إفشاء السر جريمة تستوجب العقاب ولو انصب الإفشاء على واقعة معروفة، ولو كانت غير مؤكدة، حيث إن إفشاء السر في هذه الحالة يؤكد صحة الشائعات فيتحقق الضرر وتزول عن الواقعة صفة السرية، ويتفق معنى الإفشاء وطرقه في القانون مع معناه اللغوي والشرعي. (المرجع السابق)

ثانياً: أن يكون المفشى سراً:

لا تتحقق جريمة إفشاء سر المهنة إلا إذا ثبت أن الواقعة أو النبأ أو الخبر المفشى سر، ولم تعن القوانين الوضعية، على خلاف الشريعة الإسلامية، بتعريف السر أو تحديد ما يدخل تحته من صور وحالات، ولذا فإنه يجب الرجوع في ذلك إلى العرف وإلى ظروف كل حالة من الحالات المعروضة، فما يعد سراً في مجتمع أو في حالة أو بالنسبة لشخص قد لا يعد كذلك في ظروف وحالات أخرى.

ويرى بعض شراح القانون أن السر هو ما يضر إفشاؤه بسمعة وكرامة مودعه أو يمس مصلحة مالية معتبرة، وقد نصت على ذلك بعض القوانين صراحة كالمادة ١٦٣ عقوبات إيطالي التي تقضي بعدم العقاب على إفشاء السر إلا حيث يترتب على إفشائه ضرر، ويرفض شراح آخرون هذا الاتجاه ويرون أن إفشاء السر يوجب العقوبة ولو لم يترتب على إفشائه ضرر لصاحب السر. والشريعة الإسلامية تعد إفشاء السر مخالفة شرعية ولو لم يترتب عليه ضرر، وهذه المخالفة تخضع لقاعدة التعزير، لأنها معصية لا حد فيها ولا كفارة.

ولا تشترط القوانين الوضعية، كالشريعة الإسلامية، أن يكون صاحب السر قد أفضى به إلى من أؤتمن عليه وطلب منه كتمانه، بل يكفي أن تعد الواقعة أو الخبـر سـرا بنص قانوني، أو أن يكون بطبيعته سراً، حسب عرف المهنـة والعـادات والتقاليـد السائدة، ولو لم يطلب صاحبه ممن ائتمنه عليه كتمانه صراحة، بل علمه الأمين عليه بطريق الخبرة أو الحدس والتخمين أثناء ممارسته لمهنته، وذلك مثل الطبيـب الـذي يدرك بخبرته الطويلة أن مريضه مصاب بمرض جنسي، لا يعلمه المـريض نفسـه، فيلزمه في هذه الحالة كتمانه، مع أن صاحب السر لم يفض به إلى الطبيب ولم يطلب منه الحفاظ عليه أو عدم إفشائه، وكذلك المحامي الذي يدرك بحسه القانوني وخبرتـه الطويلة أن موكله قد ارتكب جريمة، فإنه يلزمه الكتمان ولو لم يفض موكلـه بـذلك السر إليه.

والشريعة الإسلامية توجب على المكلف الحفاظ على الأمور التي تعد بنص شرعي أو بطبيعتها سراً ولو لم يفض بها صاحبها إلى الأمين ويطلب منه عدم الإفشاء، طالمـا كان المفضى به سراً حسب الأعراف والعادات السائدة في المجتمع وعنـد أصـحاب المهنة، ذلك أن المحافظة على سر المهنة يستند إلى القيم الأخلاقية التي يعبـر عنهـا بأخلاق أو قيم المهنة التي أكدتها الشريعة الإسلامية، وقد صارت هذه قانوناً يسـمى قانون ممارسة المهنة، وقد طلب هذا القانون من كل من ينتسب إلـى مهنـة معينـة ويرغب في ممارستها أن يؤدي قسماً بالمحافظة على قيم وأخلاق وأسرار هذه المهنة.

وقد حاولت بعض أحكام القضاء تعريف السر المهني، ولكنها فشلت في تعريفه تعريفاً دقيقاً جامعاً مانعاً. أما فقهاء الشريعة فقد عرفوا السر الذي يجب كتمانه ويحرم إفشاؤه تعريفاً دقيقاً، وبينوا الصور التي تدخل تحت هذا التعريف بياناً شافياً.

ثالثاً: أن يكون السر مهنياً:

إفشاء السر لا يعد جريمة إلا إذا كان الإفشاء من شخص مؤتمن عليه بحكم مهنته أو صناعته أو وظيفته. فالقوانين الوضعية، خلافاً للشريعة الإسلامية، لا توجب كتمـان كل سر، ولا تعاقب على إفشاء جميع الأسرار، ولا تخضع للمساءلة الجنائية كل مـن أؤتمن على سر فأفشاه، بل تخص سر المهنة بالتجريم، وتخضع أشخاصـاً بصـفاتهم لهذا التجريم ، وذلك بخلاف الشريعة الإسلامية التي توجب الحفاظ على كل ما يعـد

سراً يترتب على كتمانه تحقيق مصلحة وعلى إفشائه وقوع مفسدة شرعية، بصرف النظر عن نوع السر أو صاحبه أو الأمين عليه، وذلك وفق ضوابط حددتها الشريعة تجمعها نظرية المصلحة وأصل المحافظة على مقاصد الشريعة ومبدأ الموازنة بين المصالح والمفاسد الشرعية.

فالقوانين الوضعية لا تعاقب على السر إلا إذا كان صاحبه قد أودعه إلى شخص بمقتضى صناعته أو مهنته أو وظيفته، وكانت ممارسة هذه المهنة أو تلك الوظيفة تقتضي بالضرورة الإفضاء بأسرار المتعامل إلى صاحب المهنة وإلا تعذر على صاحب المهنة ممارسة مهنته، مما يشق على جمهور المتعاملين ويحرمهم من الاستفادة من هذه الخدمات. ويحدد فقهاء القانون ضابط هذا العنصر بقولهم: إن المؤتمن على السر يجب أن يكون قد تلقاه أو اطلع عليه بحكم الضرورة، أي ضرورة ممارسة مهنته أو وظيفته.

ولم تحاول القوانين الوضعية التي قررت حماية جنائية لسر المهنة، تحديد أو حصر أصحاب المهن والحرف والصناعات الذين يكلفون بالمحافظة على أسرار هذه المهن، أو بعبارة أدق الذين يخضعون للمساءلة الجنائية إذا ما أفشوا الأسرار التي اؤتمنوا عليها أو التي اطلعوا عليها بسبب ممارسة المهنة، بل ذكرت بعض أصحاب المهن على سبيل التمثيل، وذلك مثل صنيع المشرع المصري في المادة ٣١٠ عقوبات، فقد ذكر الأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل، ثم أردف ذلك بعبارة "أو غيرهم".

ويرى جمهور شراح القانون أن هذه الأمثلة قد ذكرت لوجود علة جامعة بينها هي مناط التكليف بكتمان سر المهنة، وبذلك يقاس على هذه الأمثلة غيرها مما يشترك معها في هذه العلة ويتحقق فيها مناط التجريم، وهذا يعني الاتفاق بين هؤلاء الشراح على أن هذه الأمثلة ليست واردة على سبيل الحصر، بل إنها ذكرت ليقاس عليها غيرها مما يشترك معها في علة التجريم ، مع أن الأصل أن القياس لا يجوز في التجريم ولا في تقدير العقوبة، تطبيقاً للمبدأ الدستوري المستقر، وهو أنه "لا جريمة ولا عقوبة دون نص". والمبدأ الشرعي المتفق عليه، وهو درء الحدود بالشبهات، وفي القياس شبهة بل شبه دون شك، لأن استنباط علة الأصل، ووجود هذه العلة في الفرع، وعدم وجود مانع من ثبوت حكمها فيه، كل ذلك ثبت بالظن فكان شبهة تمنع من التجريم والتحريم.

وعند بيان العلة أو الأمر الجامع بين الأمثلة التي ذكرت نجد لشراح القانون عبـارات مشهورة؛ كقولهم إن حكم القانون الذي يجرم إفشاء سر المهنة يطبق على كـل مـن يعتبر أميناً على السر بحكم الضرورة، أو بحكم ممارسته لمهنته، إذا كانت هذه المهنة عامة لخدمة الجمهور، وهذا يتضمن أمرين: أولهما: أن تكون الخدمات التي يقـدمها المؤتمنون على السر ضرورية للجمهور، بحيث لا يستغني الناس عن هذه الخدمات، وثانيهما: أن يكون الاطلاع على السر من ضرورات قيام صاحب المهنـة بالخدمـة المطلوبة منه، وهذا بدوره يفيد أن الأمين على السر لم يكن له أن يطلع على هذا السر لولا ممارسته لهذه المهنة وحاجة طائفة من الناس إليه، وقالوا إن هذه العلة أو الضابط أو المناط موجود في جميع الأمثلة التي ذكرت، وذلك كالأطباء والجراحين والصيادلة والقوابل فهؤلاء جميعاً يؤتمنون على السر بحكم الضرورة وبسبب ممارسة المهنة.

ورتب هؤلاء الشراح على ذلك قولهم بوجوب قياس بعض أصحاب المهن على هؤلاء في التجريم والعقاب إذا ما توافرت علة القياس، غير أن المشرع قد أحس في حالات عدة أن إلحاق بعض أصحاب المهن بمن ذكروا في نص التجريم محل شك، فقد ثار جدل حول دخول مهنة الصيرفة تحت نص تجريم إفشاء سر المهنة، وذلك لعدم دقـة ضابط ومناط التجريم من جهة، ولوجود فارق مؤثر بين مهنة الصيرفة والمهن التـي وردت في النصوص من جهة أخرى، ولذلك آثر المشرع النص على تلـك الحـالات فأدخلها تحت التجريم وحدد لها عقوبة مماثلة أو أشد أو أقل حسب ما يترتـب علـى الإفشاء من أضرار ومفاسد.

والشريعة الإسلامية توجب كتمان الأسرار عموماً وتفرض عقوبة دينية ودنيوية على إفشائها دون تفرقة بين أسرار المهنة وبقية الأسرار، فلا اعتبار بصـاحب السـر، أو المؤتمن عليه، وان كانت أسرار المهنة تدخل تحت حماية الشريعة للأسـرار علـى العموم والإطلاق.

وسوف نعرض أهم الطوائف الملتزمة بالحفاظ على أسرار المهنة والذي يعد إفشـاء هذه الأسرار منهم جريمة موجبة للعقاب، ثم نعرض رأينا في دخول أعضاء الهيئـات الشرعية في المصارف الإسلامية تحت نصوص تجريم إفشاء أسرار المهنة بطريقـة القياس على هذه الطوائف.

الموظفون العموميون:

يخضع الموظفون العموميون لواجب المحافظة على ما يطلعون عليه من أسرار بحكم عملهم، ومن ذلك أسرار التحقيق بالنسبة للقائمين على التحقيق أو المشاركين فيه، مثل قضاة التحقيق وأعضاء النيابة العامة ومساعديهم من كتاب وخبراء وغيرهم، وذلك في القوانين التي تأخذ بسرية التحقيقات دون حاجة إلى نص خاص يوجب كتمان أسرار التحقيق، اكتفاء بالنص العام على تجريم إفشاء أسرار المهنة أو الوظيفة، وبعض القوانين تنص صراحة على وجوب التزام سلطات التحقيق بكتمان ما يصل إليهم من معلومات بسبب مباشرتهم للتحقيق.

وهذه السرية مقصورة على من لم يكن طرفاً في الدعوى، أما أطراف الدعوى الذين يجري التحقيق معهم أو في مواجهتهم فلا التزام عليهم بالكتمان. ويكفي في توافر ركن الإفشاء لأسرار التحقيق نقل السر إلى الغير ولو لم ينشر في وسائل الإعلام، ولو كان نقله لأناس يتصفون بالأمانة وحفظ الأسرار، بل ولو كانوا من الملتزمين بحفظ الأسرار، ولا تشترط القوانين الوضعية أن يترتب على إفشاء أسرار التحقيق ضرر بالغير حتى يعد الإفشاء جريمة تستوجب العقاب. والشرط هو أن ينصب الإفشاء على وقائع محددة.

ويرى بعض شراح القانون أن جريمة إفشاء السر تتحقق بسلوك سلبي، أي أنها من جرائم الترك، كأن يترك صاحب المهنة اتخاذ ما يلزم من إجراءات لمنع تسرب أخبار التحقيق.

وينتهي الالتزام بالكتمان بانتهاء التحقيق وتحويل القضية إلى المحكمة، وبذلك تختلف أسرار التحقيق عن أسرار المهنة، كمهنة الطب مثلاً، فإن الطبيب يظل مسئولاً عن الكتمان ولو بعد شفاء المريض وانتهاء العلاج. ومع ذلك فإن الالتزام بسرية التحقيق يبقى قائماً بالنسبة للأسرار التي اطلع عليها المحقق بمناسبة التحقيق والتي لا يشملها التحقيق باعتبار أن هذه أسرار مهنية.

وإذا انتهى التحقيق بصدور قرار من سلطة التحقيق بألا وجه لإقامة الدعوى أو بصدور قرار حفظ من النيابة العامة بصفتها سلطة اتهام فإن الالتزام بكتمان أسرار التحقيق يبقى قائماً، إذ تظل هذه السرية لاصقة بإجراءات التحقيق، لأن التحقيق في هذه الحالة لا تزول عنه صفة السرية بل يظل محفوظاً لا يسمح لأحد بالاطلاع عليه

عدا النائب العام الذي يملك التصريح بهذا الاطلاع لمصلحة توجبه، كأن تطالب المحكمة من النيابة العامة ضم هذا التحقيق في قضية منظورة أمامها.
وواضح أن أعضاء الهيئات الشرعية لا يقاسون على الموظفين العموميين لأنهم ليسوا موظفين لدى المصارف الإسلامية، ومن جهة أخرى فإن قرار تعيينهم ونظام المصرف قد أوجب عليهم ممارسة الفتوى والرقابة والتدقيق وكشف الأخطاء ونقلها إلى إدارات المصرف المختصة وتقديم تقارير عنها إلى مجلس الإدارة والجمعية العمومية.

الصيارفة:

ألزمت المادة الخامسة من قانون سرية الحسابات بالبنوك في مصر رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ المصارف بكتمان المعلومات والبيانات التي تتصل بحسابات عملاء المصارف، ويسري هذا الحظر على كل من يطلع على هذه الحسابات بحكم مهنته أو وظيفته بطريق مباشر أو غير مباشر.
وقد توسع المشرع في الأشخاص الخاضعين للالتزام بالمحافظة على سرية حسابات العملاء، بحيث تشمل جميع العاملين في البنك، كما توسع في معنى الإفشاء فاعتبر الاطلاع على الحساب بطريق غير مباشر وبطريقة عرضية إفشاء لسر المهنة يستوجب العقاب.
ويلاحظ أنه لا يكفي أن تكون الواقعة التي حصل إفشاؤها سراً، بل لابد أن تكون وثيقة الصلة بممارسة المصرف لمهنته، فإذا علم موظف المصرف السر من خارج عمله في المصرف لم يكن إفشاؤه جريمة إفشاء سر مهنة. وواضح أن أعضاء الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية لا يخضعون لهذا النص، لأنهم ليسوا موظفين بالمصرف، ويتعذر قياسهم على موظفي المصرف لانتفاء علة القياس.

الأطباء ومن في حكمهم:

تنص جميع القوانين التي حمت سر المهنة على عدم جواز إفشاء الأطباء ومن في حكمهم للمعلومات التي اطلعوا عليها عن طريق مهنتهم ولو بعد زوال صفة الطبيب عنهم، إلا أن تكون هذه المعلومات مقصوداً بها المنع من ارتكاب جناية أو جنحة،

ومن ذلك المادة ٦٦ من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨. كما ألزمـت المادة ٨ من قانون نقابات المهن الطبية المصري الطبيب أن يقسم على المحافظة على أسرار المهنة، قبل أن يرخص له في ممارسة العمل، وأعطت المادة التاسعة من هـذا القانون الطبيب رخصة في الامتناع عن أداء الشهادة عن الأمور التي يجـب عليـه المحافظة عليها وعدم إفشائها عدا حالات ارتكاب جناية أو جنحة.

الترخيص ليس شرطاً:

ومن المقرر في قوانين حماية سر المهنة أن حصول الطبيب على رخصـة لمزاولـة المهنة ليس شرطاً في مسئوليته عن إفشاء أسرار المهنة، فالطبيب ملتزم بالمحافظـة على سر المهنة ولو كان يزاولها دون ترخيص، وتمتد حماية السر إلى كل من يتصل بالأطباء وتكون لديه فرصة الاطلاع على السر، والقول بغير ذلك لا يتفق مع قصـد المشرع من المحافظة على أسرار المهنة وقد نصت بعض القوانين (مـادة ٢٣ مـن قانون الإثبات العراقي) على ذلك بعبارة "الأطباء أو الوكلاء أو غيرهم". وقد يسـاعد ذلك على القول بمسئولية أعضاء الهيئات الشرعية عن إفشاء أسرار المهنة، ولو لـم يكونوا مرخصا لهم بمزاولة مهنة الفتوى والتدقيق الشـرعي، لان التـرخيص لـيس شرطا في تحقق المسئولية. غير أن هناك أسباباً أخرى لعدم خضوعهم للمسئولية.

طلب صاحب السر المحافظة عليه:

يلتزم الطبيب بالمحافظة على السر ولو لم يطلب صاحب السر ذلك، بل ولو لم يخبره إطلاقاً، وحتى إذا يكن صاحب السر نفسه عالما بذلك السر الذي اطلع عليه الطبيـب، فيعد سراً كل أمر وصل إلى علم الطبيب أثناء ممارسته لمهنته عن طريـق الخبـرة الفنية أو المراس الطويل أو عن طريق الظن والتخمين، أو حتى بمجرد الصدفة، مادام هذا السر قد وصل إلى الطبيب أثناء ممارسته لمهنته وبسببها وليس من خارج المهنة، كأن اطلع الطبيب على السر من محيط أسرة المريض مثلاً. ولا يجوز إفشاء الطبيب لسر المهنة حتى إلى طبيب آخر، لأن المريض لم يأتمن كل طبيب بل ائتمنه وحده.

انقضاء الالتزام بالمحافظة على السر بوفاة المريض:

لا ينقضي الالتزام بالمحافظة على السر بموت المريض، ويحق للنيابة العامة وورثة المتوفى رفع الدعوى الجنائية وليس لهم العفو عن الطبيب، لأن ذلك حق شخصي لا ينتقل إليهم بالوراثة، فالنيابة العامة تملك إقامة الدعوى الجنائية على الرغم من عفو الورثة عن الطبيب الذي أفشى السر. وجميع قوانين حماية سر المهنة تؤكد على معاقبة الطبيب الذي أفشى سر المهنة الذي اطلع عليه بمقتضى مهنته في غير الحالات التي يلزمه فيها القانون بتبليغ ذلك أو التي يجيز له فيها الإفشاء.

المحامون ومساعدوهم:

تفرض القوانين الوضعية التزاماً على المحامين وأعوانهم ومساعديهم بالمحافظة على سر مهنة المحاماة، وتعتبر إفشاء هذا السر جريمة تستحق العقاب، وتلزم هذه القوانين المحامي بأداء يمين يلتزم فيه بالمحافظة على سر مهنته قبل الترخيص له بمزاولة العمل.

الامتناع عن أداء الشهادة:

وتعطي هذه القوانين المحامي الحق في الامتناع عن أداء الشهادة عن الوقائع والمعلومات التي علم بها عن طريق مهنته ، إلا إذا كان ذكرها بقصد منع ارتكاب جناية أو جنحة (مادة٣١ من قانون الإثبات المصري ٢٥ لسنة ١٩٦٨)

عدم جواز الإفشاء بعد زوال الصفة:

وتنص هذه القوانين على عدم جواز إفشاء المعلومات أو الوقائع التي علمها المحامي عن طريق مهنته، ولو بعد زوال صفة المحاماة عنه أو زوال صفته كوكيل عن صاحب السر إلا أن يكون الإفشاء مقصوداً به منع ارتكاب جناية أو جنحة.

حالات إلزام المحامي بالإبلاغ:

وتستثنى هذه القوانين من التزام المحامي بالمحافظة على سر المهنة الحـالات التـي يلزمه فيها القانون بتبليغ ذلك، وتلك التي يجيز فيها الإفشاء لمصلحة راجحـة علـى مفسدة الإفشاء في نظر المشرع.

وهناك اتجاهان في القانون المقارن، فالقانون الإنجليزي يؤكد على سرية أسرار مهنة المحاماة، وذلك استثناء على قاعدة الإلزام بأداء الشهادة، والأساس الذي استندت إليـه هذه القاعدة هو حماية قسم المحامي وشرفه بألا يبوح بأسرار من يـدافع عنـه، ثـم ظهرت في القرن السابع عشر نظرية جديدة أسست حماية السر المهني على كفالة أو ضمان الحرية اللازمة للعميل الذي يستشير محاميه دون أن يتعرض لمخاطر الإفشاء. وهناك خلاف بين الفكرتين أو الأساسين من حيث الآثار، فالفكرة الأولى تجعل المبدأ متعلقاً بشرف المحامي وقسمه ولا علاقة له بالعميل، ولذلك كان في وسـع المحـامي الذي لا يهمه تعريض سمعته للخطر أن يتنازل عن هذا الامتياز، أما الفكـرة الثانيـة فتؤسس المبدأ على حماية العميل، فلا تجيز إفشاء سره إلا برضاه، وهذه الأخيرة هي التي سادت قبل القرن السابع عشر. أما حماية السر المهني الآن في إنجلترا فأساسـه اعتبارات عدة نظمتها السياسة القانونية.

وقد طبقت الولايات المتحدة مبدأ حماية السرية المهنية، وألزمت المحامي بكتمان مـا اطلع عليه من أسرار عملائه أثناء أو بمناسبة ممارسته مهنته، ونصت قوانين حمايـة سر المهنة على رفع هذه الحماية إذا كان صاحب السر يسـعى مـن وراء استشـارة المحامي إلى تسهيل وتيسير ارتكاب أعمال جنائية أو خداع القانون أو تضليل العدالة.

ولقد نص قانون العقوبات الفرنسي الصادر عام ١٨١٠ في المادة ٣٧٨ على حمايـة السر المهني، وحدد عقوبة على إفشاء هذا السر، غير أن النص لم يـذكر المحـامي بالذات، وإنما ذكر الأطباء والجراحين، ويرى فقهاء القانون أن هـذا الـنص يشـمل المحامين بدليل العبارة التي وردت في أخر النص والتي تفيـد بعمومهـا أن حكمهـا ينطبق على جميع الأشخاص الآخرين المودعة لديهم أسرار بحكم الوظيفة أو المهنة.

الصحفيون:

يمكن القول بصفة عامة بأن نص المادة ٣١٠ عقوبات مصري لا يسري على مهنـة الصحافة، إذ أن رسالة الصحفيين هي نشر الأنباء لا كتمانها، مهما كانت فـي نظـر أصحابها أسرارا، مادام النشر في حدود القوانين التي تنظم صناعة الصحافة والنشر، ذلك أن المشرع الوضعي رأى في النشر مصلحة تفوق مصلحة الكتمـان، وقـدر أن مصلحة النشر مصلحة عامة في حين أن مصلحة الكتمان مصلحة خاصـة بفـرد أو مجموعة. فإذا ما تجاوز الصحفي حد المصلحة العامة، أو لم يتخذ الحيطـة والحـذر والدقة في نشر الأنباء دون زيادة أو نقص أو تحريف بدافع الهوى والتشهي أو التشفي أو حب الشهرة كان واقعاً تحت طائلة العقاب، لانتفاء أساس إباحة إفشاء السر، وهـو مصلحة المجتمع الخالصة.

والشريعة الإسلامية تضع قيوداً على بعض الأسرار فلا تجيـز نشـرها بحـال، لأن مفاسد النشر تفوق ما قد يترتب عليه من مصالح، لان درء المفاسد مقدم على جلـب المصالح. وذلك كما في جرائم الحدود التي تعد حقاً خالصاً ، أو التي يغلـب فيهـا حقه، كالزنا وشرب الخمر، إذ أن إفشاء هذه الأسرار مما يهون ارتكـاب المعاصـي ويشيع الفاحشة بين الناس، ولقد جاء بالقرآن الكريم الوعيد على ذلك فقال: "إن الـذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة وا يعلـم وأنتم لا تعلمون"، وأكد فقهاء الشريعة ذلك المبدأ بقولهم إن مصلحة حفـظ العـرض مقدمة على جميع المصالح الأخرى عدا الدين والنفس.

الأشخاص غير المقيدين بالكتمان:

هناك أشخاص نصت القوانين على عدم تكليفهم بكتمان ما يطلعون عليه من أسـرار فهم غير مقيدين بالكتمان لعدم توافر مناط التكليف بالكتمان وتحريم الإفشـاء فـيهم؛ وهؤلاء الذين لا يؤتمنون على السر بحكم المهنة أو الحرفة أو الصفة، كالخدم والكتبة وغيرهم ممن لا يؤتمنون على السر بحكم المهنة أو الحرفة أو الوظيفـة، وذلـك لأن مخدوميهم لا يضطرون إلى إطلاعهم على ما يحتفظون به من أسرار أو يرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون.

وقد توسعت المحاكم الفرنسية في هذا الاتجاه رغبة منها في تضييق قائمة الأشخاص الذين يجوز لهم الامتناع عن أداء الشهادة أمام المحـاكم. وقـد بـررت ذلـك بـأن الأشخاص الذين ذكرهم الشارع في المادة ٣٧٨ عقوبات فرنسي على سبيل التمثيـل، وهم الأطباء والجراحون.. الخ تجمعهم صفة واحدة، هي أنهم يؤدون صناعات عامة لخدمة الجمهور، فيجب قصر تطبيق هذه المادة على من تتوفر فـيهم هـذه الصـفة وحدهم كرجال الدين والموثقين ورجال القضاء وكتاب المحاكم ومحضريها وموظفي البريد والبرق والهاتف ومديري المستشفيات، زيادة على الأشخاص الـوارد ذكـرهم صراحة في المادة المذكورة وهم الأطباء والجراحون والصيادلة والقوابل.

وهذا الرأي لا يمكن الأخذ به في مصر، لأن المادة ٦٥ من قانون الإثبات التي أحالت عليها المادة ٣١٠ عقوبات نصت على أن الموظفين والمكلفين بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما قد يكون وصل إلى علمهم في أثناء قيـامهم بعملهـم مـن معلومات لم تنشر بالطريق القانوني، ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها، ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم.

الأزواج والأقارب:

لا يسري حكم المادة ٣١٠ عقوبات مصري على من يصل إليه سر بحكـم زواج أو قرابة أو صداقة، لا بحكم ممارسة مهنة أو صناعة أو وظيفة عامة.

وقد نصت المادة ٦٧ من قانون الإثبات على أنه "لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشـي، بغير رضا الآخر، ما أبلغه إياه أثناء الزوجية، ولو بعد انفصالهما، إلا في حالة رفـع دعوى من أحدهما على الآخر، أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنايـة أو جنحـة وقعت منه على الآخر".

غير أن هذا النص لا يدخل تحت قوانين حماية سر المهنة، ولذلك لا يفهم منه أن كلاً من الزوجين ملتزم بكتمان ما يصل إليه من أسرار عن جريمة وقعت مـن الـزوج الآخر على شخص أجنبي عنهما خلال الزوجية أو حتى بعد انفصـالهما، لأن هـذه المادة لا تدخل في المواد المشار إليها في المادة ٣١٠ عقوبات، وبالتالي فإن أسـرار الزوج ليست من الأسرار التي وضعت هذه المادة الأخيرة لحمايتها. وهذه هي الحالة الوحيدة التي لا يعاقب فيها الشاهد إذا شهد بأمر قيده القانون بكتمانه.

أعوان الأطباء والمحامين وغيرهم:

هل يلزم بالكتمان من يعاونون الأطباء والمحامين وغيرهم من أصحاب المهن التـي يلتزمون بالكتمان؟ لقد ثار جدل بين شراح القانون حول التـزام معـاوني الأطبـاء والمحامين وغيرهم، بكتمان سر المهنة أسوة بهم، وذلـك مثـل مسـاعدي الأطبـاء والصيادلة والممرضين وكتبة المستشفيات ووكلاء المحامين وكتبتهم ومن في حكمهم، فذهب البعض إلى عدم التزامهم بالكتمان رغبة في عدم توسيع دائرة حالات المنع من الشهادة وأخذا بقاعدة التفسير الضيق في المواد الجنائية، ويرى الـبعض الآخـر أن هؤلاء ملتزمون بالكتمان، وهو الأولى بالاتباع لاتفاقه مع روح التشريع وتحقيق قصد المشرع وإلا كان المنع بالنسبة للمتبوعين عديم الفائدة.

الركن المعنوي لجريمة إفشاء سر المهنة: القصد الجنائي:

القاعدة العامة في القوانين الجنائية أن إفشاء السر المهني لا يعاقب عليه إلا إذا كـان ذلك الإفشاء صادراً عن قصد ونية، فلا عقاب على من يفشي سراً بإهمـال أو عـدم اكتراث أو عدم اتخاذ الحيطة والحذر في المحافظة على السر، فالطبيب الذي يـدون ملاحظة عن مريض ثم يتركها بإهمال في مكان مطروق فيطلع عليها الغير لا يعـد مرتكباً لجريمة الإفشاء لأنها جريمة عمدية، وإن كان مسئولا عن خطئـه وتقصـيره مسئولية تقصيرية، ويلتزم بتعويض ما ترتب على خطئه من أضرار لصاحب السر.

القصد العام والقصد الخاص:

لقد كثر الخلاف بين شراح القانون الجنائي حول القصد المطلوب توافره فـي هـذه الجريمة، أهو القصد العام ؟ أي قصد فعل الإفشاء فحسب، أم أنهـا تسـتلزم قصـداً خاصاً، هو قصد الإضرار بصاحب السر المفشي ؟

فذهب رأي إلى اشتراط القصد الخاص، أي نية الإضرار بصاحب السر، وذهب رأي آخر إلى توافر القصد الجنائي لجريمة إفشاء السر متى أقدم الجاني على إفشاء سر لم يصل إلى معرفته إلا عن طريق مهنته عالماً أن هذا الإفشاء محرم قانوناً، ولا يشترط

أن يكون الإفشاء بنية الإضرار، ويرجح هذا الرأي جانب كبير من الفقه ويؤكد على أن نية الإضرار بصاحب السر أدبياً أو مادياً ليست شرطاً لا غنى عنه لتوقيع العقاب.

الباعث الدافع إلى إفشاء السر:

يرى جانب من شراح القانون أنه لا عبرة بالباعث الدافع على إفشاء سر المهنة، فلا ينفع الطبيب الذي أفشى سراً أن يكون باعثه هو الدفاع عن نفسه في دعوى رفعها ضده المريض، ولا يجوز للمحامي إفشاء سر عميله في دعوى رفعها ضده عميله لمطالبته بأتعابه بحجة حاجته إلى إثبات دعواه.

ويترتب على رأي الذين يضيفون إلى القصد العام قصداً خاصاً، هو نية الإضرار بصاحب السر أنه لا يمكن السير في إجراءات الدعوى الجنائية إلا إذا تقدم المجني عليه بشكوى.

وهناك طائفة ثالثة تقرر وجود جريمة إفشاء السر حتى في الحالات التي لا يتوافر فيها القصد الجنائي العام أو الخاص، وترى توافر الركن المعنوي للجريمة بثبوت مجرد الإهمال (المادة ٤٧ من قانون البنوك وصناديق التوفير في سويسرا والذي يقضي بأنه: "إذا كان الفاعل قد ارتكب الفعل بإهمال تكون العقوبة هي الغرامة التي لا تزيد عن عشرة آلاف فرنك".)

والمادة ٧ من قانون سرية البنوك في مصر لا تشترط القصد العام ولا القصد الخاص وإنما تعاقب على مجرد الإهمال وعدم الاحتياط .

وقواعد الشريعة الإسلامية العامة وأصولها الكلية تعد إفشاء السر جريمة تعزيرية، لأنها معصية لا حد فيها ولا كفارة، ولكنها تشترط قصد فعل الإفشاء دون حاجة إلى قصد الإضرار بصاحب السر، أما الضمان فيكتفى فيه الخطأ والإهمال إذا ترتبت عليه أضرار بصاحب السر يمكن قياسها بالمال.

حالات جواز الإفشاء:

استثنى المشرع الوضعي من قاعدة العقاب على إفشاء السر بمعرفة الأمين عليه بعض الحالات التي يجب فيها الإفشاء أو يجوز، دون أن يكون الإفشاء جريمة خيانة سر. وهي إما أسباب إباحة تزيل صفة الجريمة عن الفعل. وإما أسباب ترفع المسئولية عن الفعل

وتمنع من العقاب عليه، ومصدر هذه الحالات إما نص القانون أو رضا صـاحب السـر بإفشائه، وينفرد السر المصرفي بمصادر ثلاثة أخرى، وهي الإفشاء في حالة وقوع نزاع بين البنك والعميل، والإفشاء بناء على طلب المستفيد من المصرف، والاستعلام، أي طلب المعلومات، من المصرف عن نشاط عميل معين.

أولاً: إفشاء السر وجوباً بحكم القانون:

تقضي بعض القوانين بوجوب إفشاء السر بنصوص صريحة فلا تتحقـق جريمـة بهـذا الإفشاء. ومن أمثلة ذلك:

١. إفشاء الأسرار من رجال الضبط:

نصت المادة ١/٢٤ والمادة ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائيـة المصـري، والمـادة ٤١،٤٣ من قانون أصول الجنايات الجزائية العراقي على أن على عضـو الضـبط القضائي في حدود اختصاصه، إذا أخبر عن جريمة مشهودة أو اتصل علمه بهـا، أن يخبر قاضي التحقيق والإدعاء العام بوقوعها. وهذا خروج صريح على قاعدة حمايـة سر المهنة فرضه المشرع تحقيقاً لاعتبارات هامة تتعلق بالصالح العام.

٢. انتداب شخص للقيام بعمل من أعمال الخبرة أمام المحكمة:

إن من تندبه المحكمة لعمل من أعمال الخبرة يعد ممثلاً للمحكمة التي انتدبته ويكـون عمله جزءاً من عملها، بوصفه من أعوان القضاء، فإذا وضع في تقريره مـا وصـل إلى علمه من سر بمقتضى مهنته، فلا يكون قد أفضى بهذا السر إلى الغير، بل هـو مقيد بهذا الإفصاح بحكم اليمين التي يؤديها بأن يقوم بعمله بأمانة.

ولكن يشترط في هذه الحالة أن يقدم التقرير إلى الجهة التي انتدبته وحدها، وأن يكون مضمون التقرير لازماً للقيام بمأموريته على الوجه المطلوب، وقد حكم في فرنسا بأن الجريمة لا تتحقق بالنسبة للطبيب الذي انتدبته المحكمة للكشف على عامل في دعوى تعويض عن إصابة عمل إذا ما أثبت في تقريره أن العامل المـدعي كـان مصـاباً بمرض سري هو علة ما يشكو منه.

٣. حالات الإفشاء وفقاً قانون سرية الحسابات في المصارف:

حظر قانون سرية حسابات البنوك في مصر رقم ٢٠٥ لسنة١٩٩٠ الإطـلاع علـى حسابات العملاء وودائعهم وغيرها أو إعطاء بيانات عنها أو الكشف عـن شـخص صاحب الحساب المرقم إلا في حالات نص عليها القانون على سبيل الحصر:

الأولى: صدور حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين.

الثانية: إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جنحة أو جناية قامت الدلائل الجدية على وقوعها.

الثالثة: حالة الإذن للبنك بالتقرير بما في ذمته للغير في حجز موقع لديـه. وفـي الحالتين الأخيرتين يجوز للنائب العام أو من يفوضه، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب إحدى الجهات الرسمية، كالرقابة الإدارية ومصلحة الضرائب، أو بناء على طلب صاحب الشأن، أن يطلب من المحكمة الأمر بالإطلاع أو الحصـول علـى البيانات الخاصة بالحسابات والودائع أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بالعميل لدى المصرف.

٤. تقارير جهات الرقابة على البنوك:

لا يعد إفشاء للسر البيانات والمعلومات التي تتضمنها تقارير جهـات الرقابـة علـى المصارف، كالبنك المركزي ووزارة الاقتصاد والتجارة.

٥. تقارير مراقبي حسابات البنوك في حدود واجباتهم.

٦. التزام البنك بإصدار شهادة بأسباب رفض صرف الشيك بناء على طلب صـاحب الحق فيه.

٧. حق البنك في كشف البيانات اللازمة لإثبات حق البنك في نزاع قضائي بينه وبين العميل ، وذلك دون حاجة إلى استئذان أحد.

ثانياً: إفشاء الأسرار جوازاً:

الأصل أن حظر إفشاء الأسرار مقرر حتى ولو كان للتبليغ عن جريمة وقعـت بالفعـل، فليس للطبيب الذي يدعى إلى عيادة مصاب أن يبلغ عن أصابته، ولو اتصـلت الإصـابة بجناية أو جنحة، سواء كان فيها جانياً أو مجنياً عليه، وليس للمحامي الذي اعتـرف لـه موكله بارتكاب جريمة معينة أن يبلغ عنها. ولا ينطبق على ذلك حكم المادة ٢٥ إجراءات

جنائية التي أجازت لكل من علم بوقوع جريمة، يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنهـا بغير شكوى أو طلب، أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنهـا. لأن حكم هذه المادة غير مشار إليه في المادة ٣١٠ عقوبات، فضلاً عن أنها لم تقرر أي جزاء على عدم التبليغ.

واستثناء من هذا الأصل أجاز القانون للأمين على السر أن يبلغ السلطات عما وصل إلى علمه من معلومات تتعلق بارتكاب جناية أو جنحة (المادة ٢٠٧ مرافعات التـي أحالـت عليها ٣١٠ عقوبات).

والحكمة في ذلك هي رغبة الشارع في أن تبلغ السلطات بالجناية أو بالجنحة قبل وقوعها للمبادرة بمنعها.

وقد جعل ذلك جوازاً أي متروكاً لتقدير الأمين على السر وحده، أما إذا وقعت الجريمـة بالفعل فلا يجوز الإفشاء بحال.

والشريعة الإسلامية لا تجيز الإفشاء في جريمة الزنا وشرب الخمر وغيرهما مما هو حق خالص . أما حق العبد كالقذف مثلا فلا يجوز فيه الإفشاء لأنه لا يكون دون مطالبة ولا خلاف في أن للهيئة أن تفشي سراً اطلعت عليه بسبب قيامها بواجب الفتوى والرقابـة إذا ترتب على الإفشاء منع ارتكاب مخالفة شرعية.

ويلاحظ أن قانون سرية الحسابات بالمصارف لم يسمح بالإبلاغ عن الجرائم التي وقعت أو التي ستقع إذا كان هذا الإبلاغ سيتضمن إفشاء سر عميل له، والقانون وإن لم يصرح بهذا فإنه واضح من اشتراط حصول النيابة العامة على أمر من المحكمة للحصول مـن البنك على المعلومات والبيانات المطلوبة، فليس للأمين من باب أولى أن يتطوع بإعطاء مثل هذه المعلومات والبيانات.

ثالثاً: رضاء صاحب السر بإفشائه:

يرى بعض شراح القانون أن رضاء صاحب السر بإفشائه يحول دون قيام جريمة إفشـاء السر. وأصحاب هذا الرأي يرون أن الالتزام بكتمان سر المهنة مصدره العقد الذي بـين صاحب السر والمؤتمن عليه، سواء كان عقد وكالة أو عمل أم غيرهما. فإيداع السر لدى الأمين يوصف بأنه وديعة مصونة دعت إليها الضرورة.

ويرى فريق آخر من الشراح أن أساس التزام صاحب المهنة بكتمان السـر هـو نـص القانون لا العقد، فالقانون قد وضع قاعدة تنظيمية مقررة للصالح العام، فليس للأمـين أن

يتذرع بأن صاحب السر قد أحله من قيد الكتمان، وللغير أن يتمسك بالبطلان المترتب على الإفشاء في شهادة الأمين أمام القضاء، وذلك كما هو الحال بالنسبة للمحامين ووكلاء الدعاوى ورجال الدين. حيث أعتبر القضاء القيد بالكتمان قاعدة من النظام العام النسبي لا المطلق في أحوال أخرى، فأجاز للأمين الإفشاء بعد استئذان صاحب السر، وذلك بالنسبة للأطباء والموثقين وموظفي رقابة الصرف والنقد.

وقد نصت المادة ٤٣٧ عقوبات عراقي على انه لا عقاب "إذا أذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه". كما نصت المادة ١٢٣ مرافعات عراقي على انه " لا يجوز لمن علم من المحامين والأطباء أو الوكلاء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صفته بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد إنهاء خدمته أو زوال صفته، إلا أنه يجب عليه الإدلاء بالشهادة عن ذلك إذا استشهد به من أفضى إليه بها".

والشريعة الإسلامية تجيز ذلك في السر إذا تعلق به حق آدمي أو كان حق الآدمي فيه غالب.

ولقد نصت المادة ١/١ " من قانون سرية حسابات البنوك رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ على أن تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ، ولا يجوز إطلاع الغير عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم بكل أو بعض هذه الأموال، أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك.

ولما كانت هذه الحماية مقررة لمصلحة العميل فإن له أن يتنازل عنها ويأذن للبنك في إفشاء السر غير أن هذا الإذن يجب أن يكون صريحاً وبالكتابة. وبعض التشريعات لا تشترط أن يكون رضا العميل بالكتابة، بل يجوز أن يكون شفاهية وعلى المصرف عبء إثبات هذا الإذن.

وان اكتفى بإذن ورثة العميل أو الموصى لهم بحصته من التركة لان هؤلاء يعتبرون المالكين لهذه الأموال، فكان لهم حق إعطاء الإذن الكتابي للبنك في إعطاء بعض المعلومات عن هذه الحسابات. وأما إذن النائب القانوني كالولي والوصي، والوكيل المفوض، فلأن النائب والوكيل يقومان مقام الموكل أو المولى عليه.

ما يترتب على إفشاء السر في غير الأموال التي يجوز فيها الإفشاء:

يترتب على إفشاء السر في الحالات التي لا يجوز فيها الإفشاء بالإضافة إلى المسـئولية بنوعيها الجنائية والمدنية، عدم جواز اعتماد المحكمة على الشهادة إذا تضـمنت كشـف أسرار المهنة، لأن الاستناد إلى دليل باطل لا يجوز في المواد الجنائية ويؤدي إلى بطلان الحكم ولو اجتمعت معه أدلة أخرى، إلا إذا ثبت أن الأدلة الأخرى مسـتقلة تمامـاً عـن الدليل الباطل وكافية بذاتها في الإثبات حتى مع استبعاد الدليل المأخوذ من الشهادة التـي تضمنت كشف الأسرار، وذلك تطبيقا لمبدأ عام الأحكام، وهو ألا تستدل المحكمة بـدليل باطل في القانون، كان يكون وليد جريمة، وتطبيقا لذلك فانه يترتب على إفشاء السر فـي الشهادة في غير الأحوال التي يجوز فيها ذلك بطلان الحكم الذي استند على هذه الشهادة، ما لم يثبت أن هناك أدلة أخرى كافية بذاتها للإثبات. ويلاحظ أن بطلان الحكم الذي يستند إلى دليل باطل ولو توافرت معه أدلة أخرى من النظام العام.

المبحث الثاني

المسئولية المدنية

المسئولية المدنية تختلف عن المسئولية الجنائية في أن الثانية جزاء على خطأ جنائي، وأما الثانية فإنها جزاء على خطأ مدني، والخطأ الجنائي هو مخالفة لتكليف فرض المشرع عليها عقوبة جنائية، والخطأ المدني مخالفة لتكليف فرض المشرع عليها التعويض. والمسئولية المدنية نوعان: مسئولية عقدية، إذا كان مصدر الالتزام فيها هو العقد، ومسئولية تقصيرية إذا كان مصدر الالتزام فيها نص عام يفرض على كل من سبب بفعله الخاطئ ضرراً للغير تعويض الغير عن هذا الضرر، وبذلك تختلف هذه عن المسئولية الجنائية التي تخضع لمبدأ: "لا جريمة ولا عقوبة دون بنص" ولذا فإن تقرير المسئولية الجنائية يحتاج إلى نص يحدد الفعل المعاقب عليه والعقوبة المقررة لهذا الفعل.

ولقد عرف الخطأ المدني الذي يرتب مسئولية مدنية بأنه الفعل الضار غير المشروع، أو الإخلال بالتزام سابق، أو الإخلال بالثقة المشروعة، والرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء يقرب معنى الخطأ في المسئولية التقصيرية من معناه في المسئولية العقدية، فالخطأ في الأولى هو الإخلال بالتزام قانوني، وفي الثانية الإخلال بالتزام عقدي، والإخلال بالالتزام العقدي هو إخلال بالتزام قانوني، ولكن بطريق غير مباشر؛ إذ أن القانون هو الذي ينص على وجوب الالتزام بالعقود.

والالتزام القانوني الذي يعد الإخلال به خطأ في المسئولية التقصيرية هو التزام ببذل عناية الشخص المعتاد، فإذا انحرف الشخص عن هذا السلوك كان مرتكباً لخطأ يوجب المساءلة.

أولا: المسئولية العقدية:

أركان المسئولية العقدية ثلاثة: هي الخطأ العقدي والضرر وعلاقة السببية بينهما ، والخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد، فإذا كان هناك عقد بين المحامي وموكله أو بين الطبيب والمريض أو بين البنك والعميل، يفرض على المحامي أو الطبيب أو البنك واجب الالتزام بكتمان بعض الأسرار والمحافظة عليها وعدم إفشائها للغير، فإن الإفشاء في هذه الحالات يشكل خطأً عقدياً يوجب مساءلة كل منهم ويلزمه بتعويض الضرر المادي والأدبي الذي سببه الإفشاء.

ولا فرق في المسئولية العقدية بين الخطأ المتعمد وبين الاهمال في حفظ الأسرار والتقصير في اتخاذ الحيطة والحذر من اطلاع الغير عليها.

فمجرد الخطأ لا يكفي لثبوت المسئولية العقدية، بل لابد من ترتب ضرر على هذا الخطأ، مادي أو معنوي، ويستوي في ذلك الضرر الواقع والضرر المتوقع.

ولا يكفي في ترتيب المسئولية العقدية عن الإفشاء ثبوت الخطأ العقدي، أي واقعة الإفشاء، ووقوع ضرر لصاحب السر، بل لابد من إثبات أن وقوع الضرر كان نتيجة لهذا الخطأ، وعلى مدعي الإخلال بالعقد أن يثبت هذه العلاقة. والإثبات هنا يكفي فيه القرائن، وعلى المسئول عن كتمان السر أن ينفي علاقة السببية بين الإفشاء والضرر، وذلك لا يكون إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو فعل المضرور أو الغير.

جزاء المسئولية العقدية:

يترتب على ثبوت المسئولية العقدية حق المضرور في طلب التنفيذ العيني للعقد، وحيث إن التنفيذ العيني هنا غير متصور؛ لأن الفرض أن المكلف بالكتمان بمقتضى العقد قد أخل بالتزامه وأفشى هذا السر فلم يبق إلا المطالبة بتعويض الضرر.

والشريعة الإسلامية توجب الوفاء بالعقود والشروط، وتفرض على الإخلال بها جزاء في الدنيا والآخرة، وجزاء الدنيا هو التعويض عن الضرر الذي يترتب على عدم الوفاء بالعقد إذا تعذر الوفاء بالالتزام عينا، وإذا كان السر مما لا يجوز شرعاً

إفشاؤه، فالعقد يزيده تأكيدا وييسر على المضرور عبء الإثبات، وإذا كان من الأسرار التي يجوز أو يباح لكتمانها أو إفشاؤها، فان الكتمان يصير واجبا بالعقد ويكون الإخلال بالعقد موجباً للمسئولية عن تعويض ما رتبه الإخلال من أضرار.

ثانيا: المسئولية التقصيرية:

تنص المادة ١٦٣ مدني مصري على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" وهذا هو صنيع القوانين الوضعية عموماً، ويظهر من هذا النص أن أركان المسئولية التقصيرية ثلاثة كذلك، الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

والخطأ في المسئولية التقصيرية هو الإخلال ببذل العناية الواجبة، ويتحقق هذا الإخلال إذا لم يراع الشخص في سلوكه الحيطة والحذر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف الطبيب أو المحامي أو غيرهما من المؤتمنين على السر عن هذا السلوك الواجب وكان قادراً على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف فإن انحرافه هذا يرتب المسئولية التقصيرية.

وللخطأ عنصران: أحدهما مادي وهو الانحراف في السلوك ويقاس بمقياس موضوعي، وهو الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد. وثانيهما معنوي وهو الإرادة. فقد نصت المادة ١٦٤ مدني مصري على أن يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من أوقع الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم.

فالقاعدة هي أن الشخص يجب أن يكون مميزاً حتى تثبت مسئوليته التقصيرية إلا أن انعدام المسئولية بسبب انعدام التمييز له نطاق ضيق.

أما الشخص المعنوي فإنه يسأل عن أخطاء ممثليه القائمين بإدارته والممثلين له قانونا.

والضرر إما أن يكون مادياً أو معنوياً، فالضرر المادي هو الإخلال بمصلحة لها قيمة مالية، والضرر الأدبي هو ما يصيب الشخص في شعوره وعواطفه وأحاسيسه وكرامته وسمعته وشرفه، ويمكن قياسه بالمال، وقد استقر الفقه والقضاء على

وجوب التعويض عن الضرر الأدبي، وقد نصت على ذلك القوانين، ويجب على المدعي أن يثبت الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لذا كان لابد من قيام صاحب السر المفشى من إثبات واقعة الإفشاء وإثبات الضرر الذي ترتب عليه نتيجة لهذا الإفشاء. وعلى المسئول أن ينفي رابطة السببية، وذلك بإثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

ويقابل المسئولية التقصيرية في القوانين الوضعية مبدأ الضمان في الفقه الإسلامي، ذلك أن قواعد الشريعة العامة ومبادئها الكلية توجب الضمان على كل من ارتكب فعلا غير مشروع، ومقتضى هذا الضمان وجوب تعويض المضرور عن الضرر الفعلي غير المشروع.

وسوف نرى أن أدلة الشريعة توجب كتمان السر وتمنع من إفشائه إلا في الحالات التي نصت فيها صراحة على إباحة ذلك، ويترتب على ذلك أن إفشاء السر يعد مخالفة للتكليف بكتمانه، ومخالفة التكليف توجب الضمان.

الفصل الثاني
المسئولية المهنية عن إفشاء سر المهنة في الشريعة الإسلامية

نعرض في هذا الفصل حكم كتمان السر في الشريعة الإسلامية بوجه عام، ثم نبين مدى مسئولية الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية عن إفشاء الأسرار التي يطلعون عليها أثناء ممارستهم لواجبات الفتوى والرقابة الشرعية والتدقيق، وذلك في مبحثين.

المبحث الأول
حكم كتمان السر في الشريعة الإسلامية

١. تعريف السر:

عرف السر في اللغة بأنه ما يكتم، وإفشاؤه إظهاره، والإسرار خلاف الإعلان، وإشاعة السر أو الخبر إظهاره ونشره، وشيوع السر ظهوره، والكتمان لغة الإخفاء، فهو ضد الإفشاء، والتجسس هو تتبع الأخبار والبحث عما خفي من أمور الناس، ويستعمل التجسس عادة في الشر، فالتجسس هو السعي للحصول على السر بغية التحدث به وإشاعته وإبلاغه للغير، والتحسس هو التصنت واستماع أحاديث الغير، وقد يكون ذلك بغرض التحدث بها، وقد استخدمت هذه الكلمات شرعاً في معناها اللغوي.

والتجسس والتحسس منهي عنهما شرعاً في قوله صلى الله عليه وسلم: "ولا تجسسوا ولا تحسسوا ولا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً" . وقد يستعمل التحسس نادراً لإشاعة الخير، كما في قوله تعالى: "يا بني اذهبوا فتحسسوا من يوسف وأخيه" [راجع لسان العرب، والمصباح، وتاج العروس، الموسوعة الفقهية].

٢. حكم كتمان السر :

الأصل في الشريعة الإسلامية هو وجوب كتمان السر وحرمة إفشائه وإذاعته وترتيب عقوبة دنيوية وأخروية على هذا الإفشاء، وذلك في جميع ما تعده الشريعة سراً واجب الكتمان.

ووجوب كتمان السر وعدم إفشائه يتضمن حقاً تعالى وحقاً للعبد وحق ا فيه غالب، وحق ا هو ما تضمن حماية مصلحة عامة للناس، وسوف نرى أثر إذن صاحب السر في إفشائه، في جواز الإفشاء وجواز الشهادة، وسقوط المؤاخذة عليه.

٣. أنواع السر:

وقد ذكر علماء الشريعة للسر أنواعاً ثلاثة تدخل جميعاً في تعريفه ويشملها حكمه:
أولها: ما أمر الشارع بكتمانه بنص من كتاب أو سنة أو إجماع، وهو يقابل ما نصت القوانين الوضعية على كتمانه من أسرار المهنة.
وثانيهما: ما طلب صاحبه كتمانه وعدم إفشائه للغير، صراحة أو ضمناً.
ثالثها: ما من شأنه الكتمان بحكم العرف والعادة مما اطلع عليه الملتزم بحفظه بسبب المخالطة لصاحب السر أو ممارسة المهنة، وهو ما يطبق عليه في القانون الوضعي بسر المهنة.

١/٣ النوع الأول:

هو الأمور التي اعتبرها الشارع أسرارا ونص على وجوب كتمانها لما يترتب عليها من تفويت مصالح، وجلب مفاسد شرعية، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "إن من شر الناس عند ا منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه، ثم ينشر سرها"؛ أي أو تنشر هي سره، والمقصود بذلك حديث أحد الزوجين عما يقع بينهما أثناء الوقاع؛ وذلك حماية لفضيلة العفاف، وهي مصلحة شرعية تتعلق بحق ا وإن كان للعبد فيها حق، إلا أن حق ا فيها غالب، ولذا فإن إفشاء هذه الأسرار لا تجوز وإن رضي الزوجان.
ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "إذا حدث الرجل الحديث ثم التفت فهو أمانة"، وقوله: "الحديث بينكم أمانة"، وقول الحسن رضي ا عنه: "إن من الخيانة أن تحدث بسر أخيك". فهذه الأحاديث والآثار عامة في كل ما يتحدث به المكلف لغيره. فالحفاظ على السر أمانة وإفشاؤه خيانة، وإن لم يرد فيه بعينه نص بوجوب الكتمان وحرمة الإفشاء، ولم يطلب المتحدث به ممن سمعه عدم الافشاء.

٢/٣ النوع الثاني:

ما طلب صاحبه كتمانه، فإن هذا الطلب يؤكد وجوب الكتمان وحرمة الإفشـاء، إذ يعـد الإفشاء في هذه الحالة خيانة لأمانة السر تستوجب عقوبة تعزيرية في الدنيا وعقوبة فـي الآخرة. ووجوب الكتمان في هذا النوع حق وحق للعبد، إلا أن حق العبد فيه غالب.

ومن الأدلة على وجوب الكتمان في هذا النوع ما يلي:

١/٢/٣ روى البخاري ومسلم أن زينب امرأة عبد ا ذهبت إلى رسـول ا صـلى ا عليه وسلم لسؤاله عن حكم إنفاقها على زوجها الفقير وأيتام في حجرها، هل يعـد صدقة ؟ فوجدت امرأة عند الباب تريد أن تسأل رسول ا صلى ا عليه وسـلم نفس السؤال، فرأت بلالاً يدخل على الرسول صلى ا عليه وسلم فقالت له: سـل رسول ا هل تعد النفقة على الزوج الفقير والأيتام صدقة، وطلبت منه عدم إخبار الرسول عنهما، فدخل بلال عليه وسأله فقال عليه الصلاة والسلام: من هما، قـال زينب، قال أي الزيانب، قال امرأة عبد ا ، قال نعم، ولها أجران أجـر القرابـة وأجر الصدقة.

وقد قال القرطبي في تبرير إفشاء بلال سر المرأتين: "ليس إخبـار بـلال باسـم المرأتين بعد أن استكتماه بإذاعة سر ولا كشف أمانة لوجهين؛ أحدهما أنهمـا لـم تلزماه بذلك، وثانيهما أنه أخبر بذلك لأن مصلحة طاعة الرسول عليـه الصـلاة والسلام مقدمة على مصلحة حفظ هذا النوع من السر، لأنه لا يترتب عليه مضار لصاحب السر"، وهذا يقطع بأن الأصل في الشريعة الإسلامية هو وجوب كتمـان ما يحدث به الشخص غيره إذا طلب المتحدث من ذلك الغير كتمانه، لما يترتـب على الإفشاء من مفسدة أو ضرر ظاهر.

٢/٢/٣ وتطبيقاً لوجوب كتمان السر وحرمة إفشائه حرمت الشريعة الغيبـة، وهـي أن تحدث عن شخص بما علمته أو اطلعت عليه أو سمعته منه مما يكره أن تحدث به الناس، وإن كان ما حدثت به عنه حقاً، بل وإن كان معصية شرعية وعدواناً على حق من حقوق ا كالزنا وشرب الخمر في غير حالة المجاهرة، كـأن ترتكـب جريمة الزنا بحيث يطلع عليها أربعة أو أكثر، أو يجاهر العاصي بمعصـيته دون حياء. والدليل على ذلك قوله تعالى: "أيحب أحدكم أن يأكـل لحـم أخيـه ميتـاً فكرهتموه"

وقد سئل النبي صلى ا عليه وسلم عن الغيبة فقال: هي ذكرك أخاك بما يكره، فقال السائل: أرأيت إن كان في أخي ما أقول؟ فقال: إن كان فيه ما تقول فقد اغتبته، وإن لم يكن فيه فقد بهته، فهذا يفيد أن إفشاء الأسرار غيبة محرمة، طالما أن ما يفشيه المغتاب مما يكره الإنسان إفشاءه. ومن الواضح أن الإنسان يكره أن تفشى أسراره.

٣/٢/٣ ومما يدخل في حرمة إفشاء السر ووجوب كتمانه ويعد تطبيقاً له تحريم الشريعة للنميمة، ذلك أن النمام ينقل مقالة السوء التي صدرت عن شخص في حق غيره، إلى ذلك الغير بغية الوقيعة وإشعال نار العداوة والبغضاء بينهما. فهذا العمل يعد مخالفة للتكليف بكتمان ما يسمعه الشخص أو يطلع عليه من أسرار غيره وحرمة إفشائه. وجريمة النميمة تزيد على كونها إفشاء لسر توجب الشريعة كتمانه، محاولة الوقيعة بين الناس وبث العداوة والبغضاء بينهم. وقد قال رسول ا صلى ا عليه وسلم: "لا يدخل الجنة قتات" أي نمام.

٣/٣ النوع الثالث:

ما ليس فيه نص شرعي يوجب كتمانه وينهى عن الإفشاء، ولم يفض به صاحبه إلى الأمين عليه ويطلب منه الكتمان، لكن العرف والعادة ومقاصد الشريعة العامة ومبادئها الكلية ومنظومة القيم والأخلاق التي قررتها تقضي بوجوب الكتمان وتحرم الإفشاء باعتباره خيانة للأمانة وعدواناً على حق الخصوصية الذي حماه الإسلام. وهذا النوع من السر تحميه نصوص الشريعة العامة ومقاصدها الكلية وإن لم يرد فيه بعينه نص شرعي، فهو مع ما ورد فيه نص خاص بعينه في التحريم سواء.

١/٣/٣ وقد قرر فقهاء الشريعة أن هناك أسباب إباحة وموانع عقاب، ترفع إثم التحريم وتمنع عقاب مرتكبيه، وقد ذكروا من ذلك نقل الأخبار إذا كان في النقل حماية لمصلحة أهم أو دفعاً لمفسدة أشد من حرمة إفشاء الأسرار، فمن اطلع من شخص على أنه يدبر لقتل شخص أو لعدوان على عرضه أو ماله يجب عليه إبلاغ السلطات العامة أو الشخص المقصود أو الغير الذي يقدر على دفع المفسدة. فهذا يعد من باب "الدين النصيحة" أي من قبيل النصح الواجب دفعاً لمفسدة، وتأخذ بهذا القوانين الوضعية التي تمنع العقاب على إفشاء سر المهنة إذا كان الإفشاء يمنع جريمة، جناية أو جنحة.

٢/٣/٣ومن تطبيقات وجوب الكتمان ما إذا اطلع ثلاثة أو أقل على وقاع محرم فإنه يجب عليهم كتمان ما اطلعوا عليه باعتبار ذلك سراً يؤدي إفشاؤه إلى إشاعة الفاحشة في الذين آمنوا، فإن أفشوا هذا السر وتحدثوا به أمام الغير تعرضوا لعقوبة في الدنيا والآخرة، ولو كان هذا الغير هو سلطات التحقيق والضبط والقضاء. قال تعالى: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون"، فإشاعة هذا السر يكون جريمة قذف بالزنا توقع على مرتكبيها أشد أنواع العقوبات في الدنيا والآخرة، فعقوبة الدنيا الجلد وعدم قبول الشهادة وعقوبة الآخرة هي الفسق.

وقد قررت الشريعة الإسلامية أن جريمة الزنا إذا وقعت بحيث يطلع عليها أربعة، فإنها لا تكون سراً، ومن ثم فيجوز لمن اطلعوا عليها أن ينقلوها إلى السلطة المختصة بتوقيع العقاب دون غيرها، بل إن الأفضل هو الكتمان. وذلك لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: "من ستر مسلماً ستره ا يوم القيامة"، وقوله عليه الصلاة والسلام لمن شاهد واقعة زنا ماعز: "هلا سترته بثوبك".؟

وقد قرر المالكية أن الشاهد مخير في الرفع إلى القاضي أو الترك، والترك في الحدود أولى؛ لما فيه من الستر المطلوب، وذلك في غير المجاهر بفسقه، محافظة على السر. وقد قال بعض المالكية، إن ستر الإنسان على نفسه وعلى غيره واجب، فيكون رفع الأمر إلى القاضي إفشاء لسر يجب ستره فيكون حراماً (الموسوعة الفقهية ٥: ٢٩٥).

٣/٣/٣ وقال بعض الحنفية: ما وقع في مجلس، مما يكره إفشاؤه، إن لم يخالف الشرع يجب كتمانه، وإن خالف الشرع، فإن كان حقاً تعالى، ولم يتعلق به حكم شرعي فلمن اطلع عليه الخيار، والستر أفضل، وذلك كالزنا وشرب الخمر ، وإن كان حقاً للعبد، فإن تعلق به ضرر لأحد، مالي أو بدني، أو حكم شرعي كالقصاص والتضمين فعليه الإعلام إن جهل، والشهادة به إن طلب، وإلا فالكتم، (الموسوعة الفقهية ٥: ٢٩٥).

٤/٣/٣ وقال إمام زادة من الحنفية: "يعد الحديث الذي حدثه به أخوه أمانة، ولا يفشيها لغيره إلا بإذنه، وإذا حدث به أحداً، أي بإذنه، أداه على أحسن وجه واختار أجود ما سمع ، (المرجع السابق).

٥/٣/٣أجمع الفقهاء على وجوب كتمان أسرار جيش المسلمين وخططهم القتالية.

حالات جواز إفشاء السر:

قال الإمام الغزالي: إن إفشاء السر حرام إذا كان فيه إضرار، ولؤم إن لم يكـن فيـه إضرار، وهناك حالات نص الفقهاء على رفع الإثم فيها عن مفشي السر، ومن هـذه الحالات:

١- حالة إذن صاحب السر من ائتمنه عليه في إفشائه إذا كان حفظ السر حقاً خالصاً للعبد أو كان حقه فيه غالباً، ففي هذه الحالة لا يكون هناك مبرر لتحريم إفشـائه طالما أن الحق في كتمان هذا السر تمحض حقاً للعبد وليس فيه عدوان على حق من حقوق الله تعالى، يقول إمام زادة من فقهاء الحنفية: "يعد الحديث الذي حدثـه به أخوه أمانة، ولا يفشيها لغيره إلا بإذنه" (الموسوعة الفقهية ٥: ٢٩٥).

واعتبار السر أمانة أو وديعة، قال به بعض فقهاء القانون في معرض حديثهم عن أساس المسئولية الجنائية والمدنية عن كشف أسرار المهنة، وقالوا إن الأمانـة أو الوديعة قد تكون مادية أو معنوية، ورد الوديعة أو أداء الأمانة في هذا النوع يكون بإبقاء السر وعدم إفشائه.

٢- إذا كان ما اطلع عليه المكلف يتعلق بحق خالص لله، كالزنا الـذي اطلـع عليـه أربعة شهداء، وشرب الخمر، فإنه يجوز فيه أداء الشهادة والرفع إلى القضاء وإن كان الكتمان أفضل لما يترتب على الإفشاء من مفسدة إشاعة الفاحشة في الـذين آمنوا، وقد قال تعالى: "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنـوا لهـم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون" ولذلك حد الشاهد الواحد والاثنان والثلاثة إذا أفشوا واقعة الزنا، لان حق الله فيها غالب. وهناك حـالات أخرى رفع الشارع فيها الإثم عن إفشاء السر، لأن مصلحة الإفشاء تفوق مصلحة الكتمان بضوابط المصالح والمفاسد الشرعية، وسوف يأتي بيانها في موضعه.

المبحث الثاني

مسئولية الهيئات الشرعية عن إفشاء أسرار المهنة

أعرض في هذا المبحث القضايا وأطرح الأسئلة التي تثار بخصوص مسئولية الهيئة الشرعية في المصارف الاسلامية عن نقل البيانات والمعلومات التي تطلع عليها أثناء ممارستها لواجباتها في الفتوى والرقابة والتدقيق، وما قد تطلع عليه مما يعد أسرار مهنية حسب القوانين المتعلقة بحماية سر المهنة.

أولا: وظائف الهيئات الشرعية:

للهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية وظيفتان أساسيتان:

إحداهما الفتوى وبيان حكم الشريعة فيما تعرضه عليها إدارات المصرف المختلفة، وما قد تطلع عليه هي أثناء قيامها بالرقابة والتدقيق.

والثانية الرقابة والتدقيق على عمليات المصرف المنفذة، للتأكد من عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية وفتاوى الهيئة، وبيان الأخطاء والمخالفات الشرعية، إن وجدت، وإبلاغها إلى إدارات المصرف المختصة، وتقديم تقارير عنها إلى مجالس الإدارة أو الجمعية العمومية.

والقيام بهاتين الوظيفتين واجب شرعي بمقتضى نصوص الشريعة، والتزام قانوني بمقتضى عقد الوكالة الذي يتمثل في صدور قرار تعيين أعضاء الهيئة وتحديد واجباتهم، وقبولهم لهذا التعيين، مثلهم في ذلك مثل المراجع الخارجي كما تقدم.

ووجوب الفتوى وبيان حكم الشرع، والتنبيه على الأخطاء والمخالفات الشرعية والنهي عنها كان فرض كفاية على أعضاء الهيئة قبل تكليفها وتحديد واجباتها وقبولها للتكليف، لأن ذلك من باب النصح والتوجيه والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهو واجب على كل مسلم اطلع على خطأ أو مخالفة شرعية إذا لم يقم بهذا الواجب غيره من المؤهلين لذلك؛ أما بعد قبول التكليف فقد صار أداء هذه الواجبات فرض عين على أعضاء الهيئة؛ لانضمام عقد الوكالة، الذي تضمنه قرار التعيين، إلى نصوص الشرع.

والشريعة الإسلامية توجب المحافظة على السر وتحرم إفشاءه بضوابط وشروط معينة للأدلة التي قدمناها، ويدخل في هذا سر المهنة لإطلاق نصوص التحريم وعموم أدلته.

والقوانين الوضعية تفرض التزاماً على كل من أؤتمن على سر بحكم مهنته وطبيعة عمله، أو بنص قانوني أو اتفاق أو عقد، بصيانة هذا السر وعدم إفشائه، وتعد هذا الإفشاء موجباً لمسئولية إدارية أو مدنية أو جنائية إذا توافرت أركان وشروط هذه المسئولية وانتفت أسباب إباحة إفشاء السر وموانع العقاب عليه. وموضوع هذا المبحث هو مدى ترتب مسئولية أعضاء الهيئات الشرعية بالمصارف الإسلامية الجنائية والمدنية عن إفشاء الأسرار التي يطلعون عليها بسبب قيامهم بواجبات وظيفتهم باعتبارهم من أصحاب المهن التي عنتهم قوانين حماية سر المهنة، كالأطباء والجراحين والمحامين والمحاسبين وغيرهم، وهل تكفي نصوص الشريعة العامة والمطلقة في وجوب كتمان السر ديانة في ترتب هذه المسئولية.

وعنوان البحث الذي كلفت به هو "العلاقة بين بيان الأخطاء والمخالفات الشرعية في المصارف الإسلامية، التي تطلع عليها الهيئة الشرعية أثناء قيامها بواجبات وظيفتها، كالفتوى والرقابة والتدقيق، أو ممارستها لحقوقها كالاطلاع على المستندات والوثائق وطلب البيانات والمعلومات من إدارات المصرف المختصة، وبين واجب المحافظة على أسرار المهنة. وهذا يطرح عددا من القضايا ويثير بعض الأسئلة التي ينبغي للبحث أن يجيب عنها وإليك هذه الأسئلة:

السؤال الأول: هل يعد تقديم تقارير الهيئة للجهة المختصة إفشاء لسر المهنة ؟

تلتزم الهيئة بحكم نظام المصرف وقرار تعيينها بواجبات الفتوى والرقابة والتدقيق وإبلاغ المخالفات الشرعية، إن وجدت، إلى إدارات البنك المختصة، وتقديم تقارير عن هذه المخالفات والأخطاء لمجلس إدارة المصرف والجمعية العامة للمساهمين.

والسؤال الذي يثور هو: هل تعد بيانات وتقارير الهيئة التي تقدم للجهة التي حددها نظام البنك، كالإدارات التنفيذية ومجلس الإدارة والجمعية العمومية والتي تعرض أخطاء ومخالفات المصرف الشرعية، إفشاء لأسرار المهنة يعرض أعضاء الهيئة الشرعية للمساءلة القانونية، مدنية كانت أم جنائية ؟ وذلك على فرض أن أعضاء الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية يدخلون ضمن الطوائف التي ألزمتهم قوانين حماية سر المهنة بعدم إفشاء الأسرار، كالأطباء والجراحين والمحامين والمحاسبين، وهو ما نعالجه في موضع آخر من هذا البحث.

الظاهر أن هذه الحالة تخرج عن نطاق المساءلة المدنية أو الجنائية ، لأن أداء الواجب في حدود النظام لا يعد إفشاء للسرية موجباً للمساءلة القانونية، أما من الناحية الشرعية فإن الهيئة تقوم بواجب وتمارس حقوقاً مقررة بمقتضى أحكام الشريعة ونظام المصرف، وعقد الوكالة الذي تضمنه قرار تعيين المصرف للهيئة وتحديد اختصاصها وواجباتها، وقبول الهيئة لهذا القرار، والقيام بفعل الواجب واستعمال الحق لا يوجب المساءلة الشرعية. ويؤكد هذا الرأي ما يلي:

١- أن بيان حكم الشرع والتنبيه على المخالفات الشرعية واجب وكتمان العلم والامتناع عن الفتوى، وترك النهي عن المخالفات الشرعية حرام، وذلك بمقتضى نصوص الشريعة العامة وأدلتها الجزئية، وهذا يعم أعضاء الهيئة وغيرهم، لأنه فرض كفاية، وإنما تعين على أعضاء الهيئة بقبولها قرار التعيين ممن يملكه في المصرف، الجمعية العامة أو مجلس الإدارة.

٢- أن قرار تعيين الهيئة وتحديد اختصاصها ومالها من حقوق وصلاحيات وما عليها من واجبات وقبول الهيئة لهذا التعيين يكون عقد وكالة شرعية، وعلى الوكيل أن يلتزم بتنفيذ الوكالة. ولا يخرج على شروطها أو يتجاوز حدودها.

٣- أن القوانين التي أوجبت كتمان أسرار المهنة ورتبت على إفشائها مسئولية جنائية أو مدنية أعفت من هذه المسئولية الذين يؤدون واجبات كلفهم بها

القانون، فقد نصت المادة السادسة من قانون سرية الحسابات بالبنوك السابق الإشارة إليه على أنه لا تخل أحكام هذا القانون بأداء الواجبات المنوط أداؤها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك والاختصاصات المخولة قانوناً لكل من البنك المركزي أو وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية.

فهناك أحوال حددتها نصوص القانون يكون إفشاء السر فيها واجبا أو جائزا، وفيها لا تتحقق المسئولية، وقد مثل لذلك شراح القانون بالخبير الذي ينتدب للقيام بعمل من أعمال الخبرة أمام المحاكم فإنه يعد ممثلاً للمحكمة التي انتدبته، فإذا وضع في تقريره ما وصل إلى علمه من سر بمقتضى مهنته، فلا يكون قد أفضى بهذا السر إلى الغير، بل هو مقيد بهذا الإفصاح بحكم اليمين التي يؤديها بأن يقوم بعمله بأمانة، ولكن يشترط أن يقدم التقرير إلى الجهة التي انتدبته وحدها، وأن يكون ما ورد في التقرير لازماً للقيام بمأموريته على الوجه المطلوب. وأعضاء الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية مكلفون بمقتضى أحكام الشريعة أولاً، ثم بمقتضى نظام المصرف وقرار التعيين ثانياً، بالتنبيه على المخالفات والأخطاء الشرعية، وإبلاغ إدارات البنك المختصة بها، وتقديم تقارير عنها إلى رئيس مجلس الإدارة والجمعية العمومية للعمل على تلافي هذه الأخطاء وعدم تكرارها، فلا ترتب على أعضاء الهيئة مساءلة شرعية ولا قانونية.

السؤال الثاني: هل يعد تقديم تقارير الهيئة لغير الجهة التي ألزمها نظام المصرف بتقديمها إليها إفشاء لسر المهنة ؟

هل يعد إبلاغ مضمون تقارير الهيئة بخصوص الأخطاء والمخالفات الشرعية في المصرف لغير الجهات، أو في غير الحالات، أو بغير الطريق الذي التي حدده نظام المصرف إفشاء لسر المهنة يرتب مسئولية شرعية أو قانونية: مدنية أو جنائية على أعضاء الهيئة الشرعية ؟ هذا محل بحث.

فقد يقال إن هذا الإبلاغ من الهيئة، باعتبارها وكيلا يعمل لصالح الموكل في حدود الوكالة، يخرج عن حدود الوكالة، فيكون تصرفها غير مشروع ويوجب المساءلة، والفرض أن إفشاء هذه المخالفات والأخطاء يضر بسمعة المصرف ويصرف عنه

المتعاملين معه والمودعين الملتزمين فيه، مما يعني وقوع أضرار مالية وأدبية للمصرف، في حين أن هذا الإفشاء لا تبرره ضرورة ولا تقتضيه شدة حاجة، وأنه لا مصلحة ترجى من ورائه، لأنه كان لغير من يملك التصحيح واتخاذ القرار.

ويؤكد ذلك أن القوانين التي أعفت من المسئولية المكلفين بمقتضى القانون بتقديم تقارير معينة مثل مراقبي الحسابات، والبنك المركزي، والخبراء في الطب والجراحة وغيرهم، اشترطت أن تقدم التقارير للجهة التي حددها القانون أو الجهة التي انتدبتهم، وأن يكون ما ورد في هذه التقارير مما يعد ضرورياً ولازماً لأداء المهمة التي كلفوا بها، وهذا مرة أخرى على فرض أن الفتوى والرقابة الشرعية مهنة تدخل تحت قوانين حماية سر المهنة.

ومن جهة ثانية فإن النصوص الشرعية قد كلفت كل من أؤتمن على سر بكتمانه وحرمت عليه إفشاءه، إلا لضرورة شرعية، ولا ضرورة تحمل أعضاء الهيئات الشرعية على إبلاغ المخالفات الشرعية وتقديم التقارير عنها إلى غير الجهة التي حددها نظام المصرف وتضمنها عقد الوكالة، بل إن هذا الإفشاء يعد في الحقيقة خروجاً عن نطاق الوكالة التي يعد نظام المصرف جزءاً منها، وبالتالي فإن أعضاء الهيئة يسألون عن هذا التصرف شرعاً ويضمنون ما ترتب على الإفشاء من أضرار فعلية، ويكون أساس هذه المسئولية هو عقد الوكالة، وقواعد الضمان.

وهذا الفعل لا يشكل جريمة جنائية وفقاً للمبدأ الدستوري المقرر وهو أنه "لا جريمة ولا عقوبة دون نص"، غير أنه يجوز للمشرع عند تنظيمه لمهنة الفتوى والرقابة الشرعية أن يقرر عقوبات إدارية وأخرى تعزيرية على مخالفة تقاليد المهنة وأخلاقها والحنث في القسم الذي يؤديه عضو الهيئة، وفي غيبة هذا التنظيم يتعذر القول بفرض عقوبة جنائية للإفشاء. وهذا كله كما ذكرنا أكثر من مرة على فرض أن الفتوى والرقابة مهنة يمكن أن تخضع لقوانين حماية سر المهنة.

وقد يقال إن بيان الأخطاء والمخالفات الشرعية لغير إدارات المصرف ذات العلاقة ومجلس الإدارة أو الجمعية العمومية يدخل في باب النصح الواجب تطبيقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "الدين النصيحة"، وهو حق تعالى يتعلق بمصلحة حفظ الدين والتزام أحكام الشرع، وحفظ الدين مقدم على حفظ المال، وهو حماية لمصلحة عامة، لأنه يحذر الناس من التعامل مع مصارف ترفع شعار الإسلام

وتعمل بنقيض أحكامه، وينصح ولي الأمر ويبصره بواجب الرقابة على هذه المصارف، والمصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.

ويؤكد ذلك أن بيان الأخطاء والمخالفات الشرعية وإبلاغها لإدارات المصرف التنفيذية ورفع تقارير عنها لمجلس الإدارة أو الجمعية العمومية ليس كافياً في تحقيق المصلحة ودفع المفسدة، بل لابد من تبصير الرأي العام وإبلاغ سلطات الدولة التي منحت الترخيص للمصرف على أساس التزامه بأحكام الشريعة الإسلامية حتى تقوم باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتصحيح الأخطاء ومنع المخالفات، وهذه السلطات تملك بمقتضى القوانين النافذة الحق في سحب الترخيص إذا ما ثبتت هذه المخالفات وأصر المصرف على عدم التصحيح بعد التنبيه عليه، على أساس مخالفته لشروط منح الترخيص، بل أن ذلك هو واجب هذه السلطات، حماية للمودعين والمتعاملين مع المصرف. ذلك أن هؤلاء المودعين ليس لهم من يمثلهم أمام حملة الأسهم أصحاب البنك، مع أن ودائعهم تفوق حقوق المساهمين بكثير، وإذا كان للمساهمين من يمثلهم ويدافع عن مصالحهم، وهي الجمعية العمومية ومجلس الإدارة الذي تختاره، فإن سلطات الدولة هي الممثل الشرعي والقانوني للمودعين الحريص على استثمار البنك المضارب لأموالهم استثمارا مشروعاً أما تمثيل سلطات الدولة للمتعاملين مع البنك فظاهر، ومن أهم ما يجب على هذه السلطات هو حماية مصلحة الدين والتزام أحكام الشرع، وعدم مخالفتها في المصرف، لان مصلحة حفظ الدين مقدمة على مصلحة حفظ المال.

غير أنه يرد على ذلك أن تحقيق هذه المصالح ومنع تلك المفاسد لا يستلزم بالضرورة نسبة الأخطاء والمخالفات الشرعية إلى مصرف بعينه، لأنه يكفي في تبصير الرأي العام الحديث عن وجوب التزام المصارف الإسلامية بأحكام الشريعة والتنبيه على الأخطاء والمخالفات الشائعة التي ترتكبها بعض المصارف دون تخصيص.

ويعكر على ذلك أن بعض المصالح المشار إليها يستلزم تحديد المصرف المخالف لتحذير المتعاملين من التعامل معه، بدلا من التشكيك في جميع المصارف دون تحديد، ثم أن سلطات الرقابة في الدولة لا تتمكن من أداء واجباتها ومطالبة

المصرف المخالف بتصحيح الأخطاء والمخالفات الشرعية بالحديث عن سلوك المصارف الإسلامية على العموم والإطلاق، بل أن ذلك يقتضي تحديد المصرف المخالف وتقديم دليل المخالفة، وهذا عن طريق الهيئة الشرعية المختصة، وذلك من باب أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وهذا بالقطع يجيز لأعضاء الهيئة الشرعية الإفشاء لهذه السلطات وحدها دون غيرها وإلا كان الإفشاء مخالفة شرعية، والكلام هنا ينصب على الأخطاء والمخالفات التي لا تكتشفها هذه السلطات وإلا كانت الهيئة مسئولة شرعاً وقانوناً لا على أساس الإخلال بالسرية المهنية، بل على أساس المسئولية التقصيرية التي تتأسس على قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وأن: "الضرر يزال".

وعلى كل حال فإن هذا الموضوع محل بحث ونظر.

السؤال الثالث: إفشاء المعلومات التي تطلع عليها الهيئة بسبب قيامها بالفتوى والرقابة:

هل تعد الهيئة مسئولة عن إفشاء البيانات والمعلومات التي تطلع عليها أثناء قيامها بواجباتها لغير من نص نظام المصرف على إبلاغها لهم، مما لا يعد أخطاء أو مخالفات شرعية ؟

تملك الهيئة بمقتضى نظام المصرف حق الاطلاع على جميع سجلات المصرف ووثائقه، ومستنداته ولها حق طلب جميع البيانات والمعلومات التي تراها لازمة لقيامها بواجباتها، ولا تملك إدارة المصرف أن تمنعها من هذا الاطلاع أو تحجب عنها تلك البيانات والمعلومات، فإن فعلت كان للهيئة حق رفع الأمر إلى مجلس الإدارة لتمكينها من هذا الاطلاع وموافاتها بتلك البيانات، فإن لم يستجب المجلس فلها الحق في عرض الأمر على الجمعية العمومية للمصرف. (راجع النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي)

فإذا اطلعت الهيئة، أثناء قيامها بواجبات الفتوى والرقابة والتدقيق، على معلومات لا تتصل بالجوانب الشرعية، ولكنها تعد أسرارا للبنك يضر كشفها، فهل تدخل هذه الحالة تحت واجب المحافظة على سرية المهنة، بحيث يعد كشفها ونقلها للغير مخالفة شرعية وقانونية.

تنص القوانين الوضعية عادة على أنه لا يجوز لمراقب الحسابات أن يذيع على المساهمين في غير اجتماع الجمعية العمومية، أو على غيرهم، ما وقف عليه من أسرار الشركة بسبب قيامه بعمله، وإلا وجب عزله ومطالبته بالتعويض. وقد يقال إن الهيئة، باعتبارها وكيلاً عن جماعة المساهمين، مثلها في ذلك مثل المراجع الخارجي، تعد مسئولة عن إفشاء هذه البيانات وتلك المعلومات إذا توافرت أركان وشروط هذه المسئولية باعتبارها أسراراً اطلعت عليها الهيئة أثناء قيامها بمهنة الفتوى والرقابة والتدقيق.

غير أن هذا يتوقف على ثبوت كون أعضاء الهيئة من أصحاب المهن الذين عناهم القانون بوجوب كتمان أسرار المهنة، وجعل إفشاءهم لهذه الأسرار مخالفة تستوجب المساءلة الجنائية والمدنية، كالمحامين والأطباء والجراحين والقوابل والمحاسبين والصيارفة وغيرهم، وأن الفتوى والرقابة الشرعية صارت مهنة كبقية المهن تنظمها القوانين، وتحدد حقوق وواجبات المنتمين إليها، وتلزمهم بالحصول على ترخيص لممارسة المهنة وتطالبهم قبل ممارسة هذه المهنة بأن يقسموا بالمحافظة على أسرارها.

والظاهر أن هذه الصورة لا تدخل تحت عنوان البحث الذي كلفت بإعداده، وهو مدى خضوع بيان الهيئة للأخطاء والمخالفات الشرعية للسرية المهنية، دون البيانات والمعلومات التي قد تطلع عليها الهيئة أثناء قيامها بواجباتها مما لا يعد مخالفات أو أخطاء شرعية ويضر إفشاؤه بمصلحة المصرف. فهناك إذن أمران مختلفان بخصوص السرية المهنية، أحدهما: مدى اعتبار الأخطاء والمخالفات الشرعية التي تكتشفها الهيئة أثناء قيامها بواجب الفتوى والرقابة والتدقيق أسرارا مهنية يجب الحفاظ عليها ويمتنع إفشاؤها لغير من أجاز نظام المصرف إفشاؤها لهم، وثانيهما: هو مدى اعتبار البيانات والمعلومات التي قد تطلع عليها الهيئة أثناء قيامها بواجب الفتوى والتدقيق الشرعي، مما لا يعد أخطاء أو مخالفات شرعية لا يجوز إفشاؤها لغير من أجاز نظام المصرف إفشاءها، وذلك كالبيانات الخاصة بمركز المصرف المالي أو بخططه ومشروعاته أو بحجم أرباحه أو بقدرته على منافسة الآخرين.

فالظاهر من عنوان البحث أنه قاصر على الحالة الأولى دون الثانية، غير أن الحالة الثانية هي المقصودة بالسرية المهنية كما رأينا، ولذا آثرت أن أدخلها في البحث وأناقشها في السؤال الرابع.

السؤال الرابع: مهنة الفتوى والرقابة الشرعية:

هل تعد الفتوى والرقابة الشرعية مهنة تدخل تحت تعريف المهنة التي عنتها القوانين الوضعية التي توجب المحافظة على أسرار المهنة وتفرض جزاء على المخالفة ؟ وهل اعتبار النشاط مهنة يحتاج إلى تدخل المشرع لتنظيم هذه المهنة وتحديد من ينتسبون إليها وإلزامهم بالحصول على ترخيص لمزاولتها، ويحلف يمين على المحافظة على أسرار المهنة قبل مزاولتها، وذلك، كمهنة الطب والجراحة والمحاسبة والصيرفة ؟.

تفرض معظم القوانين على بعض أصحاب المهن المحافظة على الأسرار التي توكل إليهم بمقتضى المهنة، أو يطلعون عليها أثناء ممارستهم لها، فالمادة ٣١٠ عقوبات مصري مثلاً تنص على أن " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه، بمقتضى صناعته أو وظيفته، سر خصوصي أؤتمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزم القانون فيها تبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة ----".

وتنص المادة الأولى من قانون حماية السر المصرفي المصري رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩١، على وجوب التزام البنك بالمحافظة على أسرار عملائه، واعتبر هذا القانون أن جميع أنواع الحسابات والودائع والأمانات والخزائن والمعاملات المتصلة بها سرية لا يجوز إطلاع الغير عليها أو إعطاء أية بيانات عنها، دون إذن كتابي من المتعامل أو من ينوب عنه قانوناً أو بحكم صادر عن القضاء أو عن هيئة تحكيم، فمحل السرية هنا عام ومطلق لكل بيانات العملاء التي أؤتمن البنك عليها بحكم المهنة، فيدخل البنك بذلك في عداد أصحاب المهن الخاضعين للالتزام بالمحافظة على سر المهنة.

ومثل ذلك القوانين التي نصت على التزام مراجعي الحسابات بالمحافظة على الأسرار التي يطلعون عليها بمناسبة قيامهم بأداء واجباتهم، وبالتالي فإن كل من

أؤتمن على سر بحكم مهنته يخضع للمساءلة عن إفشاء هذه الأسرار باعتبارها أسرار مهنة، وذلك تطبيق لمبدأ عام هو وجوب المحافظة على سر المهنة.

وتنص معظم القوانين على مسئولية أصحاب مهن محددة يحميها ضابط أو مناط أو علة جامعة عن تعويض الضرر الذي يلحق بعملائهم بسبب إفشائهم للأسرار التي اطلعوا عليها أثناء ممارستهم لواجبات المهنة، وتسمى هذه مسئولية تقصيرية، وقد يكون أساس الالتزام بالمحافظة على السرية عقد بين صاحب المهنة وعميله، فتكون المسئولية عقدية، بمعنى أن مصدرها المباشر هو العقد، وإن كان القانون هو الذي فرض الوفاء بالالتزامات العقدية.

والسؤال المطروح هو: هل يخضع أعضاء هيئة الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية للقوانين الخاصة بسر المهنة، على أساس أن الفتوى والرقابة والتدقيق الشرعي على معاملات المصارف الإسلامية مهنة يجب المحافظة على أسرارها ؟ وتتحقق المسئولية على إفشاء هذه الأسرار، هذا محل اجتهاد.

فقد يقال إن أعضاء هيئة الفتوى والرقابة الشرعية يخضعون لقوانين المحافظة على أسرار المهنة، مثلهم في ذلك مثل بقية أصحاب المهن ومراقبي الحسابات إذا توافرت بقية أركان وشروط هذه المسئولية بالنسبة لهم، على النحو الذي بيناه في موضعه، ذلك أن عمل مراقبي الحسابات مثلا هو الرقابة المالية، وعمل أعضاء الهيئة الشرعية هو الرقابة الشرعية، وكل منهما يمارس هذه الرقابة نيابة عن جماعة المساهمين، والأولى تقررت لمصلحة حفظ المال، والثانية تقررت لمصلحة حفظ الدين والالتزام بأحكامه، وكل من حفظ الدين وحفظ المال مصلحة شرعية معتبرة.

والفرق الظاهر بينهما هو أن لمهنة المحاسبة قانون ينظمها وميثاق شرف لأعضائها يحدد قواعد السلوك للمحاسبين، ويلزمهم بالحصول على ترخيص لمزاولتها ويفرض عليهم قسما بالمحافظة على أسرار هذه المهنة، أما الرقابة الشرعية فلم يصدر بشأنها قانون ينظمها حتى الآن، ولا يلتزم أعضاء الهيئة الشرعية بأداء قسم قبل ممارستها ولا يخضعون للحصول على ترخيص بمزاولتها،

على عكس أصحاب المهن الأخرى الذين يخضعون لقوانين حماية سر المهنة. فهل تؤثر هذه الفوارق في خضوع هيئات الرقابة الشرعية للالتزام بسر المهنة ؟

مما يؤيد القول بخضوع أعضاء هيئات الرقابة الشرعية لواجب الحفاظ على أسرار المهنة أن القوانين التي قررت العقاب أو التعويض على إفشاء أسرار المهنة لم تحصر ذلك في مهن بعينها، بحيث لا يجوز القياس عليها، بل ذكرت بعض هذه المهن على سبيل المثال ثم قاست عليها غيرها بعبارة صريحة قاطعة في عدم الحصر، فذكرت "من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل" ثم أردفت ذلك بعبارة "أو غيرهم" مما يؤكد دخول غير أصحاب المهن المذكورة تحت التكليف بحفظ أسرار المهنة والعقاب على مخالفة هذا التكليف، وذلك إذا توافرت بقية أركان وشروط المسئولية وهذا يفتح المجال للقياس إذا وجدت علته وتحقق مناطه.

ويعكر على ذلك أن فقهاء القانون كانوا يشككون دائماً في تطبيق نص المادة ٣١٠ جنائي مصري السابق الإشارة إليها على بعض أصحاب المهن، كالبنوك مثلاً حتى جاءت قوانين خاصة تؤكد دخول البنوك تحت التكليف بالمحافظة على أسرار مهنة الصيرفة، وهذا يدل على أن عبارة (وغيرهم) في نظر هؤلاء يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً حسب قاعدة: "عدم جواز القياس في الجرائم والعقوبات" من جهة، ولأن الأصل هو عدم العقاب من جهة أخرى، وهو ما يتفق مع أصل "درء الحدود بالشبهات" في الشريعة الإسلامية.

كما يعكر على ذلك أيضاً أن فقهاء القانون يشترطون في المسئولية عن إفشاء السر أن ينتسب مفشي السر إلى مهنة منظمة يحتاج عامة الناس إلى الاستعانة بخدمات أصحابها، ويضطرون إلى ائتمانهم على أسرارهم كي يحصلوا على هذه الخدمات، مثل مهنة الطب والمحاماة. فالقانون عند هؤلاء لا يعاقب على إفشاء السر إلا إذا كان هذا السر قد أودعه صاحبه لدى شخص لا غنى للجمهور عن إيداع هذا السر لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته أو مهنته أو فنه أو طبيعة عمله، **وهذا يعني أن يكون المؤتمن على السر قد تلقاه بحكم الضرورة وبسبب صناعته أو مهنته أو وظيفته.** والقوانين الوضعية وإن لم تحصر الأشخاص الذين توجب عليهم صناعتهم أو وظائفهم أو مهنتهم كتمان ما يؤتمنون عليه من أسرار تلك المهن والصناعات والوظائف، إلا أنها حددت علة القياس ومناط المسئولية وهو تلقي صاحب المهنة

السر بحكم الضرورة، وبالقطع فإن أعضاء الهيئات الشرعية لا يدخلون تحت نص قانون نافذ يلزمهم بالكتمان، فينحصر السؤال في مدى توافر مناط وعلة التكليف بكتمان السر في شأن أعضاء الهيئات حتى يمكن القياس، مع أن الأصل عدم جواز القياس في الجرائم والعقوبات، وان الحدود تدرأ بالشبهات، وان الأصل براءة الذمة من ثبوت الضمان، ويبقى البحث في مدى توافر مناط هذه المسئولية وعلة تشريعها في أعضاء الهيئة الشرعية، وهذه العلة هي تلقي هؤلاء الأسرار أو الاطلاع عليها بحكم ضرورة لجوء الجمهور إليهم.

فهل يمكن القول بأن أعضاء الهيئات الشرعية يؤدون خدمة عامة للجمهور وأنهم يؤتمنون على أسرار عملائهم بحكم الضرورة، كأصحاب المهن الأخرى ؟ وهل يتوافر فيهم شرط القياس وهو العلة الجامعة بينهم وبين الأطباء والجراحين والمحامين والقوابل، فإذا انتفت هذه العلة انتفى القياس وانعدمت المسئولية في غيبة النص الخاص بهم، وإن وجدت العلة كانوا داخلين في الطوائف التي تخضع للمساءلة عن إفشاء أسرار المهنة دون حاجة إلى نص قانوني يخضعهم لها.

وقد يظهر للباحث أن هذه العلة غير موجودة في أعضاء الهيئات الشرعية، وبالتالي فانهم لا يخضعون للمساءلة عن إفشاء المعلومات والبيانات التي يحصلون عليها بسبب ممارستهم للفتوى والرقابة الشرعية، ويقوي هذا النظر المبررات التالية:

أولاً: أن الأصل في الأفعال الإباحة، وان الأصل براءة الذمة من الضمان إلا بنص خاص، لأن اليقين لا يزول بالشك بل بيقين مثله.

ثانياً: أن القياس لا يجوز في الجرائم والعقوبات، إذ لا جريمة ولا عقوبة دون نص، والشريعة تدرأ الحدود بالشبهات، وفي القياس شبه لا شبهة واحدة، ذلك أن الحكم بتعليل الأصل وثبوت علته في الفرع، وعدم وجود المانع من القياس كل هذه غير ثابتة بيقين ولا بظن راجح فتكون شبهة تمنع القياس.

ثالثاً: أن علة التجريم ومناطه غير موجودة في أعضاء الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية لأنهم لا يقدمون خدماتهم للجمهور، ولا يحصلون على البيانات والمعلومات بحكم الضرورة، كالطبيب والجراح والمحامي.

رابعاً: أن الفتوى والرقابة الشرعية ليست مهنة ينظمها القانون، ويحدد واجبات وحقوق أصحابها، كالشأن في مهنة المحاماة والمحاسبة والطب والصيدلة والجراحة، وأن أعضاء الهيئات الشرعية لا يحتاجون إلى ترخيص لممارسة المهنة كالأطباء والمحامين والمحاسبين، ولا يلتزمون بأداء قسم على المحافظة على أسرار المهنة. وهذه فروق مؤثرة فيكون قياس الهيئات الشرعية على غيرهم قياس مع الفارق فيبطل.

غير انه يمكن القول بان انتشار المصارف الإسلامية، والنص في قوانين ونظم وقرارات إنشائها على وجوب تعيين هيئة تتولى الفتوى والرقابة الشرعية؛ يجعل عمل هذه الهيئات ضرورة لا تقوم المصارف الإسلامية بدونها، ولا غنى لهذه المصارف عن خدمات أعضاء هيئات الفتوى والرقابة الشرعية، كالمحاسبين سواء بسواء، بل إن أعضاء الهيئة الشرعية يقومون بالرقابة والتدقيق الشرعي مما يعد مصلحة لحفظ الدين، في حين أن المراقب الخارجي يحافظ على مصلحة حفظ المال، وحفظ الدين مقدم على حفظ المال.

وتنص قوانين ونظم وقرارات إنشاء المصارف الإسلامية على حق الهيئة، كالمراجع الخارجي، في الاطلاع على كافة مستندات المصرف وسجلاته، وحق الحصول على كافة المعلومات والبيانات التي ترى ضرورة الحصول عليها لأداء واجباتها، وقد أعطتها هذه القوانين والنظم حق دعوة الجمعية العمومية، كالمراقب الخارجي، إن لم يستجب مجلس الإدارة إلى طلبات الهيئة، وهذا بالضرورة يمكن الهيئة من الاطلاع على كافة البيانات والمعلومات التي تعد أسرارا للمصرف يجب المحافظة عليها وإلا تعذر عمل هذه المصارف.

فإذا حكم بمسئولية مراقب الحسابات على إفشاء أسرار البنك، كانت هذه المسئولية آكد بالنسبة لأعضاء الهيئة ولذلك يصح هذا القياس، بل إنه قياس من باب أولى، وما ذكر من الفروق لا يؤثر في صحة القياس، فقد نصت بعض القوانين على أن الحصول على الترخيص أو حلف القسم ليس شرطا للمسئولية عن إفشاء أسرار المهنة، وحكم بذلك القضاء، ويؤكد ذلك ثبوت المسئولية الدينية للهيئات الشرعية، فلا خلاف في إن ما يطلع عليه أعضاء الهيئات الشرعية بسبب ممارستهم لواجب الفتوى والرقابة الشرعية والتدقيق مما لا يعد مخالفات شرعية، يعد أسرارا يلزمهم

كتمانه ويحرم عليهم إفشاؤه، وذلك عملاً بمقاصد الشريعة العامة ومبادئها الكلية ونصوصها الجزئية في حرمة إفشاء الأسرار، فقد رأينا أن أدلة وجوب كتمان الأسرار وحرمة إفشائها أدلة تفيد العموم والإطلاق فيدخل فيها سر المهنة بالمعنى القانوني الفني الدقيق، وهو ما يطلع عليه أعضاء الهيئة الشرعية من بيانات ومعلومات أثناء قيامهم بواجبات وظيفتهم.

فأعضاء الهيئات الشرعية يسألون ديانة عن نقل أو إفشاء ما يطلعون عليه من أخطاء ومخالفات شرعية، أو يقررون بها لغير من أوجب عليهم نظام المصرف وقرارات تعينهم تقديمها لهم، فإن فعلوا كانوا مسئولين ديانة.

والذي أراه هو أنه يجوز مساءلة أعضاء هذه الهيئات على ما يفشونه من أسرار في غير الحالات السابقة مسئولية عقدية، فللمصرف أن يفسخ عقد الوكالة ويلغي قرار التعيين لإخلال عضو الهيئة المعين بشروط الوكالة والخروج على تعليمات الموكل بحفظ أسرار المصرف، كما أني أرى القول بوجوب الضمان عليهم في الحالات السابقة إذا ترتبت أضرار على الإفشاء أو لم يكن هناك عذر شرعي يبيح هذا الإفشاء كما في الحالات التالية:

١. إذن المصرف لعضو الهيئة بذكر البيانات والمعلومات للغير.
٢. تقديم البيانات التي تطلبها جهات الرقابة والإشراف على المصارف الإسلامية كالبنك المركزي، ووزارة الاقتصاد.
٣. أداء الشهادة في نزاع بين المصرف وعملائه، أو بين المصرف وعضو الهيئة.
٤. إذا كان في الكشف عن المعلومات والبيانات منع معصية، أو المحافظة على حق لا دليل عليه إلا المعلومات التي لدى الهيئة.
٥. إذا كانت هناك نصوص قانونية تلزم عضو الهيئة بإفشاء ما يعد سر مهنة والشهادة به تنص قوانين حماية سر المهنة النافذة على أن السر الذي يمنع إفشاؤه باعتباره جريمة لا تجوز الشهادة به أمام القضاء لأنه دليل باطل، والشريعة الإسلامية توجب على عضو الهيئة أداء الشهادة في الحالات التي يمتنع فيها إفشاء السر، على اعتبار أن مصلحة أداء الشهادة أهم في نظر

الشارع من حماية سر المهنة، لأن عدم أداء الشهادة معصية شرعية، لقوله تعالى: "ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه".

هذا وقد بينا قوانين حماية سر المهنة قد أعفت الخاضعين لها من المسئولية في الحالات التالية:

١- إفشاء السر وجوباً أو جوازاً بحكم القانون.

٢- رضا صاحب السر بإفشائه.

٣- الإفشاء في حالة وقوع نزاع بين المؤتمن على السر وعميله.

٤- الإفشاء في حالات طلب المستفيد من شيك ليس له رصيد باعطاؤه بياناً بذلك.

٥- جواز إعطاء البيانات للمستعلم من المصرف حسب الأعراف والتقاليد المصرفية.

ففي هذه الحالات، تسقط المسئولية عن مفشي السر ويجوز له أداء الشهادة، أما في الحالات التي يلزم فيها الكتمان فإن الشخص لا يخضع للمساءلة إذا امتنع عن أداء الشهادة فإن شهد كانت شهادته باطلة، ولا تكون دليلاً مقبولاً في الحكم.

كما تقرر هذه القوانين إباحة كشف الأسرار في الحالات التي يترتب فيها على هذا الإفشاء منع وقوع جناية أو جنحة، منعاً لوقوع الجرائم، أما إذا كانت هذه الجريمة قد وقعت بالفعل فإنه لا يجوز لصاحب المهنة الذي اكتشف وقوع هذه الجريمة من عميله أو غيره بسبب ممارسته لمهنته، فإنه لا يجوز له الإبلاغ عن هذه الجريمة، فإن فعل كان مرتكباً لجريمة إفشاء سر المهنة.

الفهرس

تمهيد

تقسيم البحث

المقدمة: تعيين الهيئة الشرعية وصفتها الشرعية

أولاً: خصائص المصارف الإسلامية

ثانياً: الصفة الشرعية للهيئة

الفصل الأول: المسئولية المهنية في القانون الوضعي

المبحث الأول: المسئولية الجنائية

- الركن الشرعي
- الركن المادي
- الركن المعنوي
- حالات جواز الافشاء

المبحث الثاني: المسئولية المدنية

الفصل الثاني: المسئولية المهنية للهيئات الشرعية في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: حكم كتمان السر في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: مسئولية الهيئات الشرعية عن إفشاء أسرار المهنة